



**Giuseppe Casuscelli**

(ordinario di Diritto ecclesiastico nella Facoltà di Giurisprudenza  
dell'Università degli Studi di Milano)

**Diritto ecclesiastico ed attuazione costituzionale  
tra de-formazione e proliferazione delle fonti \***

**SOMMARIO:** 1. Le fonti del diritto ecclesiastico oggettivo e l'affiorare dell'esigenza dell'attuazione costituzionale – 2. "Quale" attuazione costituzionale? – 3. Lo "stato dell'arte" delle fonti. La proliferazione ... – 4. ... e la de-formazione – 5. La "storia della lotta tra le fonti del diritto" – 6. ... e gli specifici problemi del diritto ecclesiastico – 7. La riduzione della complessità e delle contraddizioni del "sistema" e lo strumento dell'abrogazione legislativa – 8. Il deludente esito della "semplificazione legislativa" – 9. Il ritorno alla "disarmonia" e la sua accentuazione – 10. L'oscurità e l'incompletezza delle norme sulla produzione giuridica oggi in vigore – 11. La necessità di una riforma di rango costituzionale per l'ordinata produzione delle fonti.

**1 – Le fonti del diritto ecclesiastico oggettivo e l'affiorare dell'esigenza dell'attuazione costituzionale**

L'esigenza di mettere mano alle fonti del diritto ecclesiastico nel contesto di un progetto riformatore mirato all'attuazione della Costituzione repubblicana, per taluni presente e pressante, non è frutto di questa stagione: ché anzi si pone, potrebbe dirsi, nel solco di una tradizione di studi<sup>1</sup>.

Poco più di trent'anni or sono affermavo<sup>2</sup> già

---

\* Testo integrale della relazione, corredata dalle note, tenuta al Convegno su "Il riformismo legislativo in diritto ecclesiastico e canonico" (presso l'Università degli Studi di Napoli Federico II, 27-28 maggio 2010), destinata alla pubblicazione negli Atti.

<sup>1</sup> Che il problema delle fonti del diritto ecclesiastico attraversasse "una fase di particolare tensione" lo ricordava **S. DOMIANELLO**, *L'evoluzione giurisprudenziale delle fonti del diritto ecclesiastico*, premessa a *Giurisprudenza costituzionale e fattore religioso. Le pronunzie della Corte costituzionale in materia ecclesiastica (1957-1986)*, Giuffrè, Milano, 1987, p. 7.

<sup>2</sup> Cfr. **G. CASUSCELLI**, *Linee programmatiche di un "progetto" di regolamentazione dei rapporti tra Stato e Chiesa in Italia*, nel volume collettaneo a cura di S. Berlingò, G. Casuscelli, *Stato democratico e regime pattizio*, Atti dell'Incontro di studio (Messina, 6-7 giugno 1977), Giuffrè, Milano, 1977, p. 35, raccogliendo prospettive, indirizzi, auspici formulati, anche se non ancora in chiave sistematica, da alcuni studiosi, tra i quali in



“l’urgenza, il significato - a livello di attuazione dei principi costituzionali - e l’utilità - per una ricostruzione armonica del sistema, oggi contaminato da logiche e principi contrastanti - di una sostanziale revisione e della compilazione di un testo unico della legislazione statale in materia ecclesiastica oggi vigente”.

Compiere quell’opera avrebbe dovuto agevolare il compito di ricercare l’unitarietà, la congruenza settoriale e complessiva<sup>3</sup>, la coerenza interna<sup>4</sup> e la ragionevole autosufficienza di un variegato complesso normativo (e dunque di favorire la certezza del diritto), in modo da consentire al giurista teorico e all’operatore pratico, alle autorità giudiziarie e alla pubblica amministrazione un’interpretazione ed un’applicazione quanto più possibile univoche, uniformi e stabili, assicurando al contempo l’operatività effettiva e diffusa della Carta repubblicana, dei suoi fini-valori e dei principi di uguaglianza, di libertà, di pluralismo in materia di religione<sup>5</sup>.

L’idea non era peregrina: l’esistenza di una costituzione, infatti, “implica, di per sé, una ricerca volta a studiarne le strutture e le regole

---

particolare sono da ricordare Piero Bellini, Gaetano Catalano, Luigi De Luca, Francesco Finocchiaro, Sergio Lariccia, Anna Ravà.

<sup>3</sup> La congruenza, ha scritto **V. VELLUZZI**, *Interpretazione sistematica e prassi giurisprudenziale*, Giappichelli, Torino, 2002, p. 147, “nel suo nucleo essenziale ... consiste nel ritenere che l’ordinamento risponde nei vari settori disciplinari, nelle diverse materie regolate, o nel suo complesso a principi, finalità e scopi unitari ed armonici”. L’A. distingue la congruenza relativa ad un settore disciplinare dalla congruenza a livello dell’ordinamento giuridico nel suo complesso (p. 146 s.).

<sup>4</sup> Il requisito della coerenza, ha scritto **V. VELLUZZI**, *Interpretazione sistematica*, cit., p. 145, nt. 46 (richiamando quanto scritto da **N. MAC CORNIK**, *La congruenza nella giustificazione giuridica*, nel volume collettaneo a cura di P. Comanducci, R. Guastini, *L’analisi del ragionamento giuridico*, vol. I, Giappichelli, Torino, 1987, p. 243), «è soddisfatto dalla assenza di antinomie, di contraddizioni. Ma un insieme di norme può essere incongruente pur essendo coerente, in quanto l’assenza di contraddizioni non garantisce che l’insieme di norme considerato sia armonico, “faccia senso nel suo insieme”».

<sup>5</sup> Riconducendo le fonti del diritto ecclesiastico “ad un fondamento di diritto costituzionale comune, la cui radice è rinvenibile nel riconoscimento compiuto dall’art. 2 della Costituzione a favore di tutte le forme di autonomia, in funzione dello svolgimento della personalità dell’uomo e del perseguimento dei suoi diritti inviolabili”: così **S. BERLINGÒ**, voce *Fonti del diritto ecclesiastico*, in *Digesto, Discipline pubblicistiche*, v. VI, Utet, Torino, 1991, p. 5 dell’estratto. Con apmi e precisi richiami bibliografici.

Il rilievo del tema era colto anche al di fuori del ristretto ambito degli ecclesiastici: si veda **A. RUGGERI**, *Fonti di diritto ecclesiastico e Costituzione: linee generali di un sistema*, nel fascicolo de *Il Tommaso Natale*, dedicato agli *Studi in memoria di Girolamo Bellavista*, anno VI, numero unico, 1978, p. 906 ss., con riferimento alle norme di derivazione pattizia.



che rendono quest'ultima operante"<sup>6</sup>. Aderivo, inoltre, al convincimento<sup>7</sup> che

“la materia delle fonti (cheché altri ne pensi) [sia] la matrice di tutto il sistema giuridico, e nella ricostruzione scientifica della storia di questo, rappresent[i] le basi e i pilastri: purché, ben inteso, quella materia la si faccia vivere come storia, e non la si seppellisca a pezzi e in bell'ordine nei loculi di uno schema astratto e aprioristico”

Secondo un'incisiva affermazione, insomma, “è la teoria delle fonti ... che dà il verso alla teoria dell'interpretazione”<sup>8</sup>, ed ogni prospettiva di riforma non può non tenerne conto, purché vi sia disponibilità a superare le forche caudine delle concezioni formalistiche come di quelle scettiche<sup>9</sup>.

L'invito non era del tutto isolato, sebbene fosse diffusa tra i cultori della disciplina la tesi “tranquillizzante” che le fonti di produzione del diritto ecclesiastico fossero “quelle stesse proprie d'ogni altro ramo” dell'ordinamento giuridico statale<sup>10</sup>: non si intravedevano,

---

<sup>6</sup> Cfr. **T. MARTINES**, *Introduzione al diritto costituzionale*, Giappichelli, Torino, 1994, p. 108.

<sup>7</sup> di **F. CALASSO**, *Prefazione, Storia e sistemi delle fonti del diritto comune*, I, *Le origini*, Giuffrè, Milano, 1938, p. 9.

<sup>8</sup> Cfr. **A. RUGGERI**, *Sistema integrato di fonti, tecniche interpretative, tutela dei diritti fondamentali* (in [www.associazioneitalianadeicostituzionalisti.it](http://www.associazioneitalianadeicostituzionalisti.it), *Dottrina, Fonti del diritto*), luglio 2009, p. 2, che ricorda “la dottrina corrente, secondo cui molte (forse, tutte) le questioni che si pongono in merito al corretto utilizzo delle tecniche interpretative vedono la loro soluzione dipendere dal modo con cui si fa luogo alla ricostruzione del sistema delle fonti, delle dinamiche che l'attraversano e connotano, segnandone i complessivi, non di rado non lineari, sviluppi ... basti solo pensare al fatto che la tecnica dell'interpretazione conforme (a Costituzione, diritto internazionale, diritto comunitario) rinviene - secondo la comune opinione - la ragione stessa della propria esistenza nella superiorità gerarchica della fonte verso la quale l'interpretazione è orientata rispetto alla fonte oggetto dell'interpretazione medesima”.

<sup>9</sup> “Il formalismo e lo scetticismo sulle norme sono le Scilla e Cariddi della teoria del diritto: esse sono delle grandi esagerazioni, salutari quando si correggono reciprocamente, e la verità sta in mezzo a loro”: così **H.L.A. HART**, *Il concetto di diritto*, introduzione e traduzione di M. Cattaneo, 2<sup>a</sup> ed., Giulio Einaudi editore, Torino, 1965, p. 173.

<sup>10</sup> L'espressione è tratta dalla succinta voce redazionale *Fonti del diritto, d) Diritto ecclesiastico*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XVII, Giuffrè, Milano, 1968, p. 988. Analoghe considerazioni si leggono in **P.A. d'AVACK**, *Trattato di diritto ecclesiastico italiano*, I, *Introduzione sistematica - Fonti - Principi informatori e problemi fondamentali*, Milano, 1969, p. 63 e, a distanza di vent'anni, in apertura della voce di **P.A. d'AVACK, C. CARDIA**, *Fonti del diritto, III) Diritto ecclesiastico*, in *Enciclopedia giuridica Treccani*, Roma, 1989: secondo il primo degli Autori, che ribadisce quanto già aveva scritto nel Trattato, “un vivo interesse per la nostra disciplina e una serie di importanti problemi



dunque, problemi specifici che richiedessero una ricostruzione critica del sistema<sup>11</sup> al posto della consueta elencazione per lo più a carattere sistematico/classificatorio e descrittivo. Senza dire poi che non mancava chi escludeva addirittura che “le norme giuridico-ecclesiastiche [fossero] ordinabili in un sistema unitario”, in senso assiologico, avendo esse “in comune un solo tratto, quello di avere ad oggetto credenze di religione”<sup>12</sup>.

Il secondo convegno nazionale di diritto ecclesiastico, trent'anni or sono, affrontava per l'appunto il tema delle “Nuove prospettive per la legislazione ecclesiastica”; ed Anna Ravà, con il suo dire chiaro e forte, parlava per un verso degli “ostacoli derivanti da una disciplina costituzionale come quella in materia religiosa, rimasta in alcune sue parti impastoiata in un mal digerito compromesso costituzionale fittizio” e, per altro verso, di “equivoci o giuochi interpretativi” dai quali “sono derivate, e a tutt'oggi derivano, gravi limitazioni alla realizzazione del disegno di democrazia partecipativa delineato dalla Carta”<sup>13</sup>.

In quella stessa occasione, in una prospettiva ancora più prossima al tema di questa relazione, si considerava

«matura l'idea di una nuova “codificazione” dei rapporti tra Stato e Chiese. Pluralità di fonti, eterogeneità dei loro contenuti, produzione legislativa sempre più ricca e complessa; tutto ciò sta

---

peculiari alla medesima offrono viceversa tali fonti considerate nel loro aspetto formale quali fonti di cognizione ...” (p. 1).

<sup>11</sup> Sui motivi di una trattazione distinta rispetto alle altre fonti “senza compromettere la coesione di un'esperienza giuridica unitaria”, per tutti, si veda **S. BERLINGÒ**, voce *Fonti del diritto ecclesiastico*, cit., p. 4 dell'estratto.

<sup>12</sup> Così **G. CAPUTO**, *Il problema della qualificazione giuridica dello Stato in materia religiosa*, Giuffrè, Milano, 1967, p. 198 s.; per l'A. le norme anzidette sarebbero “sistemabili od ordinabili ai fini dell'applicazione” soltanto, secondo una linea di pensiero severamente ricondotta da **A. RUGGERI**, *Fonti di diritto ecclesiastico*, p. 911, al novero di “posizioni ed affermazioni (pur tanto diffuse) che diremmo di *semplicità concettuale* ovvero di *pessimismo sistematico* ...”, che non è lontana da quella tra “apocalittici” ed “integrati della postdemocrazia”, di cui alle conclusioni di **M.C. FOLLIERO**, *Dialogo interreligioso e sistema italiano delle Intese: il principio di cooperazione al tempo della post-democrazia*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, Rivista telematica (www.statoechiese.it), giugno 2010, p. 16.

<sup>13</sup> Cfr. **A. RAVA**, *Nuove prospettive per la legislazione ecclesiastica*, nel volume collettaneo *Nuove prospettive per la legislazione ecclesiastica*, che raccoglie gli Atti del II Convegno nazionale di Diritto ecclesiastico (Siena, 27-29 novembre 1980), Giuffrè, Milano, 1981, p. 8 s..

Parimenti di rilievo sono i contributi di ecclesiasticisti e costituzionalisti raccolti, dopo un decennio, nel volume a cura di V. Tozzi, *Studi per la sistemazione delle fonti di diritto ecclesiastico*, Edisud, Salerno, 1993.



alla base di una esigenza ormai sentita da più parti, l'esigenza cioè che i diversi settori dell'ordinamento ritrovino una unitarietà sistematica che guidi i destinatari delle norme, gli interpreti di queste, i giudici che devono applicarle ...»<sup>14</sup>.

## 2 - "Quale" attuazione costituzionale?

Soddisfare l'esigenza "procedurale" presupponeva però di conseguire in via prioritaria "un risultato di notevole rilievo", ossia l'individuazione dei principi fondamentali che presiedono alla legislazione ecclesiastica, "quali risultano da una corretta specificazione delle norme costituzionali onde farne una sorta di binari per il legislatore"<sup>15</sup>.

Per porre fine alla "evasione costituzionale"<sup>16</sup>, alla "prevalenza dei fattori di continuità su quelli di rottura nel passaggio dal regime fascista allo Stato democratico"<sup>17</sup> era però necessario sapere verso quale opera di attuazione costituzionale si intendesse muovere. Era necessario, cioè, operare la scelta tra una attuazione per così dire minimale, mirata ad eliminare (se non tutte, almeno) le più vistose incompatibilità della pregressa legislazione (seguendo l'operato prudente della forze politiche e della Corte costituzionale, nei suoi primi anni<sup>18</sup>), ed una attuazione volta ad esplicitare il complessivo impianto della Carta, ad assecondarne la "sua espansività, nel senso di sviluppo delle potenzialità insite nelle loro disposizioni, da interpretare ed applicare *magis ut valeant*"<sup>19</sup>, in modo da incidere non (soltanto) su isolate disposizioni ma sull'impianto complessivo di quella legislazione.

Per chi avesse scelto questa seconda via - ritenendola la più idonea ad infrangere la "dissonanza tra le valutazioni in termini di

---

<sup>14</sup> Cfr. C. CARDIA, *Intervento*, in *Nuove prospettive*, cit., p. 1123.

<sup>15</sup> Cfr. A. PIZZORUSSO, *Diritto ecclesiastico e principi costituzionali*, in *Nuove prospettive*, cit., p. 1358.

<sup>16</sup> L'espressione è di F. MARGIOTTA BROGLIO, *La riforma dei Patti Lateranensi dopo vent'anni*, in *Quad. dir. pol. eccl.*, 2004/1, p. 5.

<sup>17</sup> S. FERRARI, *Ideologia e dogmatica nel diritto ecclesiastico*, Giuffrè, Milano, 1979, p. 179.

<sup>18</sup> Rinvio, per tutti, alle puntuali, equilibrate osservazioni di A. ALBISETTI, *Il diritto ecclesiastico nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, 4<sup>a</sup> ed., Giuffrè, Milano, 2010.

<sup>19</sup> Cfr. T. MARTINES, *Introduzione*, cit., p. 109.



giustizia e quelle in termini di legalità<sup>20</sup> - occorre individuare e fissare il punto della mediazione tra i molteplici valori e principi compresenti, anziché lasciarlo libero di oscillare (come in realtà ha oscillato, e continua ad oscillare) tra riforma e restaurazione, garanzia dei diritti della persona e prevalenza dei diritti delle istituzioni confessionali, primato della libertà negativa e affermazione dell'impegno promozionale dei pubblici poteri, neo-confessionismo e laicità: in sintesi, tra continuità e innovazione (istituzionale e valoriale).

Occorre dar vita, in altre parole, a mio avviso, ad un nuovo orientamento metodologico e sistematico, tracciare le linee di una "azione di recupero in senso democratico dello Stato"<sup>21</sup> legislatore in materia ecclesiastica.

Occorre dotare la disciplina di fondamenta idonee a supportare, in un contesto unitario e coerente, i caratteri fondativi della Repubblica democratica (pluralismo, laicità, solidarietà, ecc.), a promuovere tutti i diritti di libertà e gli tutti strumenti di partecipazione e di promozione in una prospettiva ugualitaria.

Occorre rimuovere le diffuse, tenaci resistenze all'attuazione costituzionale, superare la "mancata concretizzazione degli innovativi principi supremi di uguaglianza e di libertà religiosa"<sup>22</sup> inserita nel contesto più ampio della "perdita di centralità" della Costituzione che

---

<sup>20</sup> Così **S. DOMIANELLO**, *Prefazione* al volume collettaneo *Gli effetti economici dell'invalidità dei matrimoni concordatari*. De iure condito e de iure condendo, Milano, Giuffrè, 2006, p. 1, richiama quanto scriveva **L. GIANFORMAGGIO**, voce *Giustizia*, in *Enciclopedia Feltrinelli Fischer, Diritto*, 2, Feltrinelli, Milano, 1972.

<sup>21</sup> Cfr. **A. RAVÀ**, *Nuove prospettive*, cit., per la quale l'azione doveva intendersi sia come un "recupero di una autonomia legislativa sempre più piena ossia sempre più sganciata da condizionamenti confessionistici nei settori di interesse pubblico generale e nella regolamentazione giuridica dei rapporti sociali, sia come recupero delle potenzialità insite nella Carta costituzionale in materia di eguaglianza e di dignità della persona umana e in materia di tutela e garanzia del diritto di libertà come autodeterminazione responsabile di ciascuno ad operare scelte personali sempre più libere" (p. 51).

<sup>22</sup> Rinvio a **F. MARGIOTTA BROGLIO**, *Aspetti della politica religiosa degli ultimi quindici anni*, nel volume *Dall'accordo del 1984 al disegno di legge sulla libertà religiosa. Un quindicennio di politica e legislazione ecclesiastica*, edito dalla Presidenza del Consiglio dei Ministri, Roma 2001, p. 5, che, rifacendosi a E. Cheli, richiama in parallelo la "continua alternanza tra il momento dell'attuazione e quello dell'evasione costituzionale".

Del resto l'art. 1 del d.p.c.m. 14 marzo 1997 (istitutivo della Commissione consultiva per la libertà religiosa) dava implicitamente atto della sussistenza di "questioni attinenti all'attuazione dei principi della Costituzione e delle leggi in materia di libertà di coscienza, di religione o credenza", e affidava all'istituita Commissione anche il compito "di effettuare ... ricerche e studi per la revisione della legislazione vigente sulle confessioni religiose e sul diritto di libertà di coscienza, di religione o credenza, anche con riferimento ai Trattati dell'Unione Europea" (art. 2.1, lett. g).



operava allora - e ancora opera - "sia sul piano strettamente normativo che su quello più propriamente assiologico delle sue disposizioni"<sup>23</sup>.

Occorrerà persino, se volgiamo lo sguardo al giorno d'oggi, respingere come hanno scritto insigni costituzionalisti, "l'attacco alla Costituzione"<sup>24</sup>, che appare una "Costituzione aggredita"<sup>25</sup>; occorrerà opporsi alle "modificazioni tacite"<sup>26</sup>, o alla "revisione strisciante"<sup>27</sup>, spesso concretizzate dietro il paravento di "una maggioranza popolare onnipotente che prende il posto dello Stato illimitato" da quanti si adagiano "in una formula di invocazione del potere sovrano (del popolo), primigenio e incondizionato"<sup>28</sup>, per la suggestione di fare ricorso alla democrazia identitaria come risorsa contro la crisi della democrazia parlamentare<sup>29</sup>.

Ma, si sa, il tema affrontato - benché, ad avviso del giudice delle leggi, risulti "opinione largamente condivisa che l'assetto delle fonti normative sia uno dei principali elementi che caratterizzano la forma di Governo nel sistema costituzionale"<sup>30</sup> - non gode di grande *appeal* nel mondo dell'accademia, che spesso rifugge dai tecnicismi (che rischiano di apparire pedanti) e talora preferisce volgere lo sguardo alle più appaganti teorizzazioni socio-filosofiche e politologiche.

### 3 – Lo "stato dell'arte" delle fonti: la proliferazione ...

Molte circostanze e molti accadimenti hanno concorso a determinare o hanno influito sulla attuazione/inattuazione delle disposizioni costituzionali direttamente incidenti sul diritto ecclesiastico oggettivo, per lo più oggetto di studio di altre discipline, ed è superfluo

---

<sup>23</sup> Cfr. **G. AZZARITI**, *Principio di legalità tra Stato di diritto e Stato costituzionale*, in [www.costituzionalismo.it](http://www.costituzionalismo.it), aprile 2010, p. 2.

<sup>24</sup> **A. PIZZORUSSO**, *Il valore della Costituzione nell'Italia del 2005*, nel volume a cura di T. Groppi, P.L. Petrillo, *Cittadini, Governo, autonomie. Quali riforme per la Costituzione?*, Giuffrè, Milano, 2005.

<sup>25</sup> **L. ELIA**, *La Costituzione aggredita. Forma di Governo e devolution al tempo della destra*, il Mulino, Bologna, 2005.

<sup>26</sup> **A. PIZZORUSSO**, *Il valore della Costituzione*, cit.

<sup>27</sup> **N. COLAIANNI**, *La Consulta per l'Islam italiano: un caso di revisione strisciante della Costituzione*, in [olir.it](http://olir.it), gennaio 2006.

<sup>28</sup> Le espressioni sono di **G. SILVESTRI**, *Lo Stato senza principe. La sovranità dei valori nelle democrazie pluraliste*, Giappichelli, Torino, 2005, p. 86.

<sup>29</sup> Si vedano sul punto le considerazioni di **V. BALDINI**, *La democrazia parlamentare e i miti della politica. L'evoluzione della forma di Governo parlamentare italiana e il linguaggio della politica* (in [www.associazionedeicostituzionalisti.it](http://www.associazionedeicostituzionalisti.it)), s.d. (ma 2010).

<sup>30</sup> Corte cost., sent. n. 171 del 2007.



menzionarli; ma alcune circostanze ed alcuni accadimenti sono di interesse immediato e di competenza propria degli ecclesiastici.

Ad un primo approccio, "lo stato dell'arte" delle fonti del diritto ecclesiastico oggettivo al giorno d'oggi può essere efficacemente espresso, per grandi linee, dai due sostantivi che ricorrono nel titolo di questa relazione, "proliferazione" e "de-formazione", e dalle immagini che il loro uso evoca in via diretta ed immediata.

I due fenomeni cui ho fatto riferimento - esplosi per così dire dopo la seconda metà degli anni ottanta, che avrebbero visto nascere

«un "nuovo" (e del tutto speciale) sistema delle fonti in materia di rapporti Stato-Chiesa», l'avvento del "polimorfismo pattizio" e della "negoziante aperta, sostanzialmente, libera nella forma e, tendenzialmente, permanente"<sup>31</sup> -

sono in larga misura dotati di sicuro riscontro, da effettuare con modalità che possono dirsi "oggettive".

Quanto alla proliferazione è sufficiente il raffronto tra la prima edizione del Codice del diritto ecclesiastico del 1985<sup>32</sup> e della quinta edizione del 2009<sup>33</sup>, perché il dato emerga in tutta la sua evidenza. Le edizioni intermedie<sup>34</sup> testimoniano la costante, progressiva crescita numerica che le fonti normative della disciplina - siano esse unilaterali, siano di derivazione pattizia - hanno registrato da quel lontano 1984, anno di svolta, che avrebbe dovuto costituire l'atteso, storico tornante per l'avvio della riforma e dell'adeguamento costituzionale del

---

<sup>31</sup> Le espressioni critiche sono di **R. BOTTA**, *Dalla riforma del Concordato alla Costituzione europea: vent'anni di trasformazioni delle fonti del diritto ecclesiastico italiano*, in *Quad. dir. pol. eccl.*, 2004/1, p. 99, 101. Come ricorda **G. FELICIANI**, *La qualificazione canonica delle intese tra autorità ecclesiastiche e autorità civili*, in *olir.it*, 2010, si è arrivati a parlare in modo ironico di "concordati di quartiere" (p. 1). Sulle peculiarità delle fonti della disciplina si veda **S. BORDONALI**, *Le istanze religiose di fronte ai meccanismi di produzione giuridica*, in *Dir. eccl.*, 2005, I, p. 81 ss..

<sup>32</sup> Si veda **S. BERLINGÒ, G. CASUSCELLI**, *Codice del diritto ecclesiastico*, Giuffrè, Milano, 1985; questa prima edizione constava di 337 pagine, e nell'ultima sezione riportava i dispositivi delle sentenze della Corte costituzionale che avevano esaminato questioni di legittimità di norme attinenti alla materia del diritto ecclesiastico.

<sup>33</sup> Si veda **S. BERLINGÒ, G. CASUSCELLI**, *Codice del diritto ecclesiastico*, 5<sup>a</sup> ed., Giuffrè, Milano, 2009; quest'ultima edizione consta di 855 pagine, ed ha perso tutti i riferimenti alla legislazione regionale inseriti a partire dalla 2<sup>a</sup> edizione, mentre ha aggiunto una sezione in cui sono riprodotti gli statuti regionali limitatamente alle norme di rilevanza ecclesiasticistica.

<sup>34</sup> Si vedano **S. BERLINGÒ, G. CASUSCELLI**, *Codice del diritto ecclesiastico*, 2<sup>a</sup> ed., Giuffrè, Milano, 2009; 3<sup>a</sup> ed., Giuffrè, Milano, 1993; 4<sup>a</sup> ed., Giuffrè, Milano, 2003.



complesso normativo della nostra disciplina, e per ricostruire il senso smarrito di una galassia di leggi e leggine non coordinate<sup>35</sup>.

Se poi si volge lo sguardo al diritto prodotto dalle regioni e dagli enti locali "minori", unilaterale e di derivazione pattizia (in senso più o meno proprio), il profluvio di fonti ha cancellato il diffuso diniego che si potesse ipotizzare una legislazione ecclesiastica regionale<sup>36</sup> ben prima della riforma della Carta in senso federalistico del 2001, salvo non escludere – come ancora si faceva autorevolmente nel 1986 - quelle tra esse che "indirettamente vengono a toccare gli enti delle confessioni religiose, in quanto creino diritto comune applicabile a tutte le persone giuridiche"<sup>37</sup>.

L'allargamento delle competenze regionali a nuovi ambiti - quali l'edilizia, l'urbanistica, la scuola, l'assistenza sociale, la tutela dei beni culturali – in forza della scelta federalista e della regola costituzionale della "competenza residuale" che ha capovolto il vecchio assetto della ripartizione, ed il passaggio "da una concezione verticistica a una concezione plurale delle relazioni tra religione e Stato"<sup>38</sup>, hanno determinato la "lievitazione delle fonti periferiche"<sup>39</sup>: e questa ha finito

---

<sup>35</sup> Come annota **G. SILVESTRI**, *La ridefinizione del sistema delle fonti: osservazioni critiche*, in *Politica del diritto*, 1987, p. 153, "l'esistenza di una galassia di leggi e leggine non coordinate allarga invece di restringere i poteri dell'esecutivo e del giudiziario, in quanto aumenta i margini dell'ambiguità e lascia maggiore spazio ad interpretazioni abroganti o additive".

<sup>36</sup> Del "drastico e apodittico rifiuto" di Arturo Carlo Jemolo (**A.C. JEMOLO**, *Lezioni di diritto ecclesiastico*, 3<sup>a</sup> ed., Giuffrè, Milano, 1962, p. 24 s., nt. 1), ho già fatto cenno nella voce *Diritto ecclesiastico regionale*, in *Digesto, Discipline pubblicistiche*, vol. V, Utet, Torino, 1990.

<sup>37</sup> Cfr. **F. FINOCCHIARO**, *Diritto ecclesiastico*, 2<sup>a</sup> ed., Zanichelli, Bologna, 1986, p. 7.

<sup>38</sup> Cfr. **A. BETTETINI**, *Tra autonomia e sussidiarietà: contenuti e precedenti delle convenzioni a carattere locale tra Chiesa e Istituzioni pubbliche*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, cit., maggio 2010, p. 3 ss..

<sup>39</sup> Cfr. **P. FLORIS**, *Laicità e collaborazione a livello locale. Gli equilibri tra fonti centrali e periferiche nella disciplina del fenomeno religioso*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, cit., febbraio 2010, p. 3. Si è anche ritenuto che il decennio di fine ventesimo secolo avrebbe visto «il tramonto dei "concordati" quale strumento per regolare i rapporti tra Santa Sede e Stati nazionali, l'emergere delle Conferenze Episcopali, l'affermarsi dei processi di regionalizzazione e federalizzazione»: cfr. **F. BORSI**, *I beni culturali*, nel volume collettaneo *Dall'accordo del 1984 al disegno di legge sulla libertà religiosa*, cit., p. 183. Si vedano al riguardo le documentate osservazioni di **G. FELICIANI**, *Il ruolo della Conferenza Episcopale Italiana nell'attuazione dell'accordo del 1984*, *ivi*, p. 177 ss., secondo il quale "lo Stato italiano si trova ormai ad avere due distinti interlocutori, la Santa Sede e la C.E.I., ambedue legittimati, sia pure a diverso titolo, a rappresentare gli interessi della comunità cristiana": ma al momento attuale si sta forse assistendo ad un recupero del ruolo della Segreteria di Stato e ad un qualche ridimensionamento della "autonomia" della CEI.



con il determinare l'impossibilità di rendere conto della normativa regionale in un codice "unitario" del diritto ecclesiastico, anche per mera via di esemplificazione<sup>40</sup>, e persino in un'unica raccolta di fonti "locali", mentre si è meritoriamente provveduto a raccogliere le fonti statutarie<sup>41</sup> e quelle sub-settoriali organiche, riunendo "fonti quanto mai varie e disperse, di difficile e complesso reperimento anche sulla rete, quando non del tutto inedite"<sup>42</sup>. E rimane ancora tutta da verificare "la possibilità di ulteriori rimescolamenti negli equilibri tra tutte le fonti di disciplina del fenomeno religioso"<sup>43</sup>.

#### 4 - ... e la de-formazione

Quanto alla de-formazione, è sufficiente scorrere l'indice cronologico del codice del 2009 per accorgersi della costante e progressiva perdita di ruolo della legge<sup>44</sup> quale fonte tipica di regolamentazione degli interessi e delle situazioni giuridiche soggettive (individuali e/o collettivi o istituzionali) sottesi alle esperienze di fede, positive o negative (tutte costituzionalmente garantite), e dell'accresciuto ricorso, non di rado improvvido<sup>45</sup>, (oltre che a leggi-provvedimento<sup>46</sup>) ad altri atti aventi

---

<sup>40</sup> Rinvio a **S. BERLINGÒ, G. CASUSCELLI**, *Prefazione alla quinta edizione del Codice di diritto ecclesiastico*, cit., p. XVIII.

<sup>41</sup> Si veda il volume collettaneo, a cura di R. Botta, *Le nuove norme di interesse religioso negli statuti regionali, provinciali e comunali*, Giuffrè, Milano, 1999.

<sup>42</sup> Sono parole di **G. FELICIANI**, *Prefazione al Codice dei beni culturali di interesse religioso*, a cura di M. Renna, V.M. Sessa, M. Vismara Missiroli, Giuffrè, Milano, 2003, p. VI. Delle altre raccolte fanno parte il *Codice dell'assistenza spirituale* (a cura di P. Consorti, M. Morelli, Giuffrè, Milano, 1993); il *Codice del turismo religioso* (a cura di A.G. Chizzoniti, Giuffrè, Milano, 1999); il *Codice degli enti non profit* (a cura di G. Iudica, Giuffrè, Milano, 1999); il *Codice del diritto allo studio negli istituti di istruzione confessionali* (a cura di F. Freni, Giuffrè, Milano, 1995); il *Codice del terzo settore. Le norme in materia di non profit e volontariato* (a cura di P. Consorti, La Tribuna, Vicenza 2003).

<sup>43</sup> Così, con riferimento alla stagione di transizione che sta vivendo il "diritto locale", che ha "parecchio rimescolato i rapporti tra le varie fonti della nostra disciplina e ne ha messo alla prova più principi ordinatori", **P. FLORIS**, *Laicità e collaborazione a livello locale*, cit., p. 2.

<sup>44</sup> Alla legge, ha scritto **F. BILANCIA**, *La legge e l'interesse generale: un paradigma per un'etica costituzionale?*, in *www.costituzionalismo.it*, novembre 2005, p. 1, non è possibile da tempo «attribuire quel valore che fu già di centralità nel sistema della produzione giuridica, a fronte della pluralizzazione ed articolazione della potestà normativa in capo a differenti soggetti, organi ed enti tanto da poter attribuire allo stesso fenomeno della "crisi della legge" una già stabile e ricca proiezione nel campo di osservazione della fenomenologia politica e della riflessione scientifica».

<sup>45</sup> Del pericolo rappresentato da "l'ingresso delle fonti governative nel campo dei diritti fondamentali, che è riservato alla legge in quanto atto proveniente dall'organo



forza di legge (in particolare ai decreti legislativi<sup>47</sup>), a fonti secondarie e ad altri atti/provvedimenti di incerta natura e collocazione.

---

rappresentativo della volontà popolare” ha scritto **G. DI COSIMO**, *E le Camere stanno a guardare, negli Scritti in onore di Lorenza Carlassare* (a cura di G. Brunelli, A. Pugiotto, P. Veronesi), *Il diritto costituzionale come regola e limite al potere, I, Delle fonti del diritto*, Jovene, Napoli, 2009, p. 163 s., richiamando (p. 164, nt. 50) la nozione di “riserva di atto”, per la quale solo la legge “può intervenire sui diritti del cittadino”, tratta da **L. CARLASSARE**, voce *Fonti del diritto (diritto costituzionale)*, in *Enc. dir., Annali*, t. II, Giuffrè, Milano, 2008, p. 561.

Con più specifico riferimento alla nostra disciplina - ed in particolare alla Carta dei valori della cittadinanza e dell’immigrazione (approvata con d.m. del Ministero dell’interno 23 aprile 2007) - afferma **G. VERDE** *La Carta dei valori nel sistema delle fonti* (relazione al Convegno di Studi su *Libertà religiosa e multiculturalismo*, tenuto a Gallipoli nei giorni 29 febbraio-1° marzo 2008, i cui atti sono in corso di stampa), che vi sarebbe un «uso “disinvolto” degli atti normativi» che attesta lo “smarrimento della corrispondenza tra forma degli atti e natura degli interessi” (traggo il passo da **M.C. FOLLIERO**, *Dialogo interreligioso e sistema italiano delle Intese*, cit., giugno 2010, p. 15 nt. 30). Alla Carta, infatti sono affidati ruoli che meglio avrebbero potuto essere svolti da un fonte primaria: scrive infatti **C. CARDIA**, *Commento* (nel fascicolo predisposto dal Ministero, che può leggersi all’url [www.interno.it](http://www.interno.it)) che “La Carta dei valori svolge, quindi, in primo luogo un ruolo di orientamento e di indirizzo dell’azione del Ministero dell’Interno nell’ambito dell’immigrazione e del mondo delle comunità religiose, ed alla sua attuazione e diffusione sono chiamate a partecipare le rispettive comunità che aderiscano alla Carta medesima. / Essa può costituire, ancora, un utile strumento di generale orientamento sulle tematiche connesse ai percorsi di integrazione ed inclusione sociale e, come tale, idoneo a favorire l’armonica convivenza delle comunità immigrate e religiose nella società italiana. Queste potenzialità della Carta dei valori – è giusto sottolinearlo – potranno dispiegarsi nella misura in cui essa riuscirà ad essere base e punto di riferimento per le suddette comunità e per gli uffici pubblici operanti nei settori di riferimento”.

Altre considerazioni critiche sulla Carta in **N. COLAIANNI**, *Una «carta» post-costituzionale? (A proposito di una recente iniziativa in tema di “integrazione”)*, in *Questioni di Giustizia*, n. 3/2007.

<sup>46</sup> Che hanno il contenuto tipico di qualunque provvedimento amministrativo: sull’argomento, da ultimo, si veda **G.U. RESCIGNO**, *Leggi-provvedimento costituzionalmente ammesse e leggi-provvedimento costituzionalmente illegittime*, che si legge in [www.associazionedeicostituzionalisti.it](http://www.associazionedeicostituzionalisti.it), 2007.

<sup>47</sup> Di “una vera e propria esplosione del fenomeno della delegazione legislativa, un’esplosione non solo quantitativa ma anche qualitativa” che costituisce «uno dei tanti “aspetti problematici” nell’evoluzione del sistema delle fonti» e “assume oggi un rilievo peculiare data l’ormai affermata tendenza all’utilizzo della delegazione legislativa come strumento privilegiato per l’attuazione del programma di Governo” hanno scritto di recente **R. ZACCARIA**, **E. ALBANESI**, *La delega legislativa tra teoria e prassi*, in [www.associazionedeicostituzionalisti.it](http://www.associazionedeicostituzionalisti.it), novembre 2008 (i passi surriportati a p. 2). Ricordano gli Autori come il giudice delle leggi, in una delle prime pronunce, abbia affermato recisamente che “la violazione delle norme strumentali per il processo formativo della legge nelle sue varie specie (artt. 70, 76, 77 Costituzione), al pari delle norme di carattere sostanziale contenute nella Costituzione, siano suscettibili di sindacato costituzionale”, e che “la incostituzionalità dell’eccesso di delega,



Risulta sempre crescente negli anni, infatti, il numero dei decreti legge, legislativi, del Presidente della repubblica, del Presidente del consiglio dei ministri, interministeriali, di norme regolamentari di Autorità indipendenti, di codici dei "privati", di comitati etici, di risoluzioni, ecc. Tutte queste fonti, nel loro insieme, hanno risposto a "l'esigenza di accentuare la flessibilità e l'articolazione degli interventi atti a regolamentare le mutate dinamiche sociali"<sup>48</sup>, ma hanno prodotto il risultato di (confinare la legge in un ruolo non più centrale, e di) mettere in crisi al contempo, come si vedrà, il criterio gerarchico (e quello della competenza) e la tradizionale relazione (formale ed assiologica) tra tipologia di situazioni giuridiche soggettive da regolamentare e tipologia di fonti adoperate a tal fine<sup>49</sup>.

Si è andato configurando, nella prassi, un "concorso di fonti" nella disciplina delle libertà di religione e delle relazioni dello Stato con le confessioni che appare lontano dal quadro costituzionale, se non

---

traducendosi in una usurpazione del potere legislativo da parte del Governo, è una conferma del principio, che soltanto il Parlamento può fare le leggi" (Corte cost., sent. n. 3 del 1957).

<sup>48</sup> Cfr. **F. FRENI**, *Soft law e sistema delle fonti del diritto ecclesiastico italiano*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, cit., ottobre 2009, p. 3, che ascrive a queste fonti "la calibrata affermazione di ambiti di diritto personale all'interno di un ordinamento statale caratterizzato da valori, principi e norme comuni a tutti" (*ibidem*), richiamando vuoi **G. DALLA TORRE**, *La città sul monte. Contributo ad una teoria canonistica sulle relazioni fra Chiesa e Comunità politica*, AVE, Roma, 2002, vuoi **B. PASTORE**, *Soft law, gradi di normatività, teoria delle fonti*, in *Lavoro e Diritto*, 2003, il quale ultimo segnala, per l'appunto, come il diritto "tende ad accentuare le proprie valenze interattive e comunicative proceduralizzandosi ed assumendo moduli espressivi più fluidi. Ciò lo rende un prodotto aperto, capace di essere reattivo a sempre nuove situazioni; si conforma, in molti ambiti, secondo una logica della possibilità e dell'opportunità, piuttosto che del vincolo e della sanzione" (*ivi*, p. 9).

Come ho già ricordato in *Dal pluralismo confessionale alla multireligiosità: il diritto ecclesiastico e le sue fonti nel guado del post-confessionismo*, in **AA.VV.**, *Multireligiosità e reazione giuridica*, a cura di A. Fuccillo, Torino, 2008, p. 74 s., la flessibilità ha interessato anche l'autonomia dei privati, oltre che i pubblici poteri: «il mondo del lavoro e dei servizi segnala, infatti - accanto ad episodi di xenofobia e odio religioso, minoritari ma da non trascurare - come molte aziende, imprese, famiglie hanno saputo "reagire" alla multireligiosità delle lavoratrici, dei lavoratori, degli utenti offrendo risposte adeguate di tutela e garanzia delle diversità, destinate a trovare una prima normazione di riferimento nei contratti di lavoro, nei contratti di servizio, nei codici di comportamento e di autodisciplina».

<sup>49</sup> Ha individuato quattro tratti comuni alle varie fonti governative **G. DI COSIMO**, *E le Camere stanno a guardare*, cit., p. 152: "a) elevato numero di atti normativi dell'esecutivo; b) violazione dei parametri costituzionali; c) inadeguata delimitazione e controllo delle fonti governative da parte del Parlamento; d) alterazione dei ruoli che la Costituzione assegna a legislativo ed esecutivo relativamente alla funzione normativa".



contrario al principio di legalità sostanziale ed alla funzione di garanzia democratica assoluta, in quel quadro, dalla riserva di legge<sup>50</sup>.

## 5 – La “storia della lotta tra le fonti del diritto”

Pochi dati numerici possono risultare utili a comprovare l’esistenza di questa sorta di “storia della lotta tra le fonti del diritto” e del suo dinamismo storico<sup>51</sup>, i cui processi degenerativi, con la loro progressiva accentuazione, sembrano avere accentuato oltre ogni possibile giustificazione la flessibilità nel ricorso ai “tipi” di fonte di produzione normativa.

La flessibilità - giustificata con sempre maggiore frequenza dalle esigenze di speditezza nel provvedere e di incremento della capacità del potere esecutivo di governare in modo effettivo ed efficace - non è stata episodica sul piano temporale né eccezionale sul piano dei motivi. Si è, anzi, diffusa e consolidata ad ogni livello ordinamentale (statale o regionale) fino a fare smarrire il confine costituzionalmente garantito tra materie riservate alla disciplina bilaterale e materie da disciplinare in via unilaterale, tra materie riservate alla normativa primaria e materie suscettibili di disciplina regolamentare.

Si è spinta fino al punto di consentire che si mescolassero improvvidamente i due modelli di produzione normativa che caratterizzano il diritto ecclesiastico, con l’emanazione di norme pattizie destinate a costituire una sorta di diritto comune delle confessioni *in progress*, “un abnorme diritto comune per via negoziata”<sup>52</sup> (per l’espressa previsione in esse contenuta della non applicabilità della legge n. 1159 del 1929 alla confessione firmataria dell’intesa) e di norme “di diritto comune ma con profili di ecclesiasticità”<sup>53</sup>.

---

<sup>50</sup> Rinvio, per tutti, a L. CARLASSARE, voce *Legge (riserva di legge)*, in *Enciclopedia giuridica Treccani*, XVIII, Roma, 1990, e voce *Legalità (principio di)*, *ibidem*.

<sup>51</sup> Ha scritto E. PARESCHE, voce *Fonti del diritto, a) Filosofia del diritto*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XVII, cit., p. 895, nt. 15, che «in sostanza la “teoria delle fonti” non è, né può essere un’astratta costruzione, avulsa dal dinamismo storico in quanto costituisce la parte del diritto più legata alla vicissitudini storiche. Si potrebbe, senza tema di errare, affermare che non sarebbe difficile ricostruire l’intera storia del diritto attraverso gli atteggiamenti concreti della “teoria delle fonti” ed anzi, ad essere più precisi, come “storia delle fonti” o meglio ancora come “storia della lotta tra le fonti del diritto”».

<sup>52</sup> Così J. PASQUALI CERIOLI, *Legge generale sulla libertà religiosa e distinzione degli ordini*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, cit., gennaio 2010, p. 3.

<sup>53</sup> Vedi P. FLORIS, *Laicità e collaborazione a livello locale*, cit., p. 3.



Queste ultime norme, si è efficacemente rilevato, hanno dato corpo ad una sorta di “diritto ecclesiastico sommerso”<sup>54</sup> per essere state piegate ad integrare e svolgere le preesistenti discipline pattizie, assunte a presupposto della applicazione delle prime anche in materia di esercizio dei diritti di libertà, in violazione del primo comma dell’art. 8 Cost. e della lettura fattane dal giudice delle leggi<sup>55</sup>.

Il perdurante ricorso ad un siffatto modello di produzione normativa evidenzia come il legislatore (statale o regionale che sia) non si curi di dare adeguata risposta alla funzione di orientamento svolta dalle sentenze di accoglimento della Corte costituzionale (ma neanche di dare il dovuto seguito legislativo, quando una sua legge è “sanzionata” dal giudice delle leggi), e costituisce “un caso evidente di elusione del giudicato costituzionale”<sup>56</sup>.

La flessibilità si è spinta non solo fino a compromettere (la congruenza e la coerenza, ma pure) - potrebbe ripetere l’ecclesiasticista con buoni motivi - l’armonia del sistema sul piano estetico, e fino a vanificare l’utilizzo del tradizionale strumento classificatorio delle fonti<sup>57</sup> (che conserva una sua utilità, quanto meno a fini didattici), ma ben oltre.

Si è spinta la flessibilità fino al punto di alterare i “rapporti di forza fra la produzione normativa dell’esecutivo e quella del legislativo”<sup>58</sup>; di allontanarci man mano, e forse in modo da molti non pienamente avvertito, dalla “più rigorosa legalità dell’ordinamento giuridico complessivo di riferimento”<sup>59</sup>; di avvicinarci al punto critico

---

<sup>54</sup> Vedi **E. VITALI**, *Relazione di sintesi*, in **AA. VV.**, *Interessi religiosi e legislazione regionale*, a cura di R. Botta, Giuffrè, Milano, 1994, p. 159.

<sup>55</sup> Si vedano della Corte costituzionale, in particolare, le sentenze n. 195 del 1993, n. 329 del 1997, n. 508 del 2000, n. 327 e n. 346 del 2002, n. 168 del 2005.

<sup>56</sup> Cfr. **B. RANDAZZO**, *Diversi ed eguali. Le confessioni religiose davanti alla legge*, Giuffrè, Milano, 2008, p. 424 s.

<sup>57</sup> **G. SILVESTRI**, *La ridefinizione*, cit., p. 157, afferma che «la necessità di mettere ordine non sembra più nascere da esigenze “estetiche” di armonia del sistema, né da tendenze riduttive alla classificazione, ma dal pericolo di smarrire tra breve anche i residui criteri di valutazione che oggi rimangono».

<sup>58</sup> Così **G. DI COSIMO**, *E le Camere*, cit., p. 155.

<sup>59</sup> Sarebbe questo propriamente un effetto della perdita di centralità dei testi costituzionali, ad avviso di **G. AZZARITI**, *Principio di legalità*, cit., p. 3, il quale, ancora più specificamente, osserva come “la desacralizzazione della Costituzione lascia spazio ad ogni singolo interesse di parte, e rende irrilevante la legalità intesa come rispetto delle fonti sulla produzione e dello stesso processo di formazione (legale) degli atti normativi (primari)” (p. 4).

Ha scritto **P. CARNEVALE**, *Osservazioni sparse in tema di norme sulla normazione e su talune caratteristiche del loro regime giuridico*, in *www.costituzionalismo.it*, aprile 2010, essere affermazione largamente condivisa che “ragionare sulle regole che definiscono



dell'ordinata, razionale conoscibilità dell'ordinamento, delle sue strutture portanti, in questo specifico settore dell'esperienza giuridica<sup>60</sup>.

le forma di produzione dello ius sia, in definitiva, ragionare di (e sulla) legalità", trattandosi in questo caso "di una - per così dire - macro-legalità, perché metro della legalità, non già di singoli atti (attività) individui, bensì dello stesso sistema, in quanto riferita alla regolazione del processo di riproduzione del diritto oggettivo, cioè a dire di quell'insieme di regole che ordinariamente costituiscono il termine di raffronto di quella *misurazione*".

Per la nostra disciplina, basti l'esempio della violazione dell'art. 48 della legge n. 222 del 1985 - nella parte in cui (specificando gli "scopi di interesse sociale o di carattere umanitario a diretta gestione statale", di cui al secondo comma dell'art. 47) dispone che lo Stato utilizzi le quote dell'8 per mille di sua spettanza "per interventi straordinari per fame nel mondo, calamità naturali, assistenza ai rifugiati, conservazione di beni culturali" - ad opera dell'art. 5.1 del d.l. n. 12 del 1999 (convertito con modificazioni nella l. n. 77 del 1999) che (per coprire in parte le spese per la partecipazione di un contingente di 150 unità alla "missione in Kosovo") ha disposto: «All'onere derivante dall'attuazione dell'articolo 1, commi 1 e 2, valutato complessivamente in lire 40.000 milioni per l'anno 1999, si provvede mediante riduzione dell'autorizzazione di spesa relativa alla quota dello Stato dell'otto per mille IRPEF, iscritta nell'unità previsionale di base 7.1.2.14 "8 per mille IRPEF Stato" - Cap. 6878, dello stato di previsione del Ministero del tesoro, del bilancio e della programmazione economica per l'anno 1999, ai sensi dell'articolo 48 della legge 20 maggio 1985, n. 222» e che solo in sede di conversione ha aggiunto (con un'opera di "interpretazione" di natura additiva), "*intendendosi le missioni di pace connesse alle finalità di cui al medesimo articolo 48*". Ulteriori considerazioni sul travisamento, con lo strumento dei decreti ministeriali di assegnazione dei contributi, del meccanismo normativo del finanziamento per la quota di competenza e diretta gestione statale, che diviene in larga misura quota di competenza e gestione della Chiesa, in **I. PISTOLESI**, *La quota dell'otto per mille di competenza statale: un'ulteriore forma di finanziamento (diretto) per la Chiesa cattolica?*, in *Quad. dir. pol. eccl.*, 2006/1, p. 163 ss..

<sup>60</sup> In via esemplificativa, disposizione di legge sono state modificate:

(a) con decreti del Presidente della Repubblica: valga l'esempio del DPR 9 gennaio 2008 n. 23 (che detta norme regolamentari in materia di convenzioni con le scuole primarie paritarie) che impone al gestore di dichiarare, ai fini del convenzionamento, che "i contratti individuali di lavoro dei docenti rispettano i contratti collettivi di lavoro del settore" con una esenzione generalizzata "per il personale religioso [n.b.: che appartenga alla Chiesa cattolica, con esclusione dunque delle altre scuole "confessionali"] che presta servizio nell'ambito della propria congregazione e per il clero diocesano che presta servizio nell'ambito di strutture gestite dalla Diocesi ..." (art. 3.2, lett. d): risulta così violata la disposizione dell'art. 1.5 l. 10 marzo 2000 n. 62 (*Norme per la parità scolastica e disposizioni sul diritto allo studio e all'istruzione*) nella parte in cui dispone che le scuole paritarie private possono avvalersi di prestazioni volontarie di personale docente "in misura non superiore a un quarto delle prestazioni complessive", nonché la disciplina comunitaria che vieta ogni forma (diretta o indiretta) di aiuti di stato, che comporti un vantaggio che falsi, o minacci di falsare, la concorrenza. Priva di fondamento appare poi la parificazione degli appartenenti al clero secolare con i religiosi, anche alla luce della consolidata giurisprudenza per la quale l'attività didattica svolta dal religioso non alle dipendenze di terzi, ma nell'ambito della propria Congregazione e quale componente di essa,



Con riguardo alla normazione unilaterale, nei sei anni dal 2004 al 2009 su un totale di 77 atti normativi in vigore, si contano appena 13 leggi<sup>61</sup>, 6 decreti legge<sup>62</sup>, 17 decreti legislativi<sup>63</sup>, 7 decreti del Presidente della Repubblica<sup>64</sup>, 10 decreti del Presidente del Consiglio dei ministri<sup>65</sup>,

---

secondo i voti pronunciati, non costituisce prestazione di attività lavorativa al sensi dell'art. 2094 c.c., soggetta alle leggi dello Stato, bensì opera di evangelizzazione "religionis causa" in adempimento dei fini della congregazione stessa;

(b) con decreti del presidente del consiglio dei ministri: valga l'esempio delle attribuzioni in materia ecclesiastica del Ministero dell'interno (coperte dalla riserva di legge di cui all'ultimo comma dell'art. 95 Cost.) trasferite in capo alla Presidenza del Consiglio dei ministri anche in materie estranee ai rapporti stato-chiese (penso alla Commissione consultiva per la libertà religiosa, istituita presso la Presidenza, "con funzioni di studio, informazione e proposta per tutte le questioni attinenti all'attuazione dei principi della Costituzione delle leggi in materia di libertà di scienza, di religione o credenza" (art. 1 d.p.c.m. 14 marzo 1997).

(c) con semplici decreti ministeriali: valga l'esempio del d.m. 21 maggio 2007 (*Definizione dei criteri e parametri per l'assegnazione dei contributi alle scuole paritarie per l'anno scolastico 2007/2008*) che dispone debbano intendersi "scuole paritarie senza fini di lucro quelle gestite da soggetti giuridici senza fini di lucro" e tra questi include gli "enti ecclesiastici di confessioni religiose con cui lo Stato ha stipulato patti, accordi o intese" (con una palese quanto immotivata discriminazione per gli enti di confessioni senza intesa, malcelata dall'intento solo apparentemente definitorio), benché l'art. 1.636 della legge 27 dicembre 2006 non avesse affidato al ministro il compito di definire l'assenza di fini di lucro, ma soltanto "i criteri e i parametri per l'assegnazione dei contributi alle scuole paritarie e, in via prioritaria, a quelle che svolgono il servizio scolastico senza fini di lucro e che comunque non siano legate con società aventi fine di lucro o da queste controllate". Molto di più e di peggio ha fatto il d.m. 4 novembre 2009, n. 89 (*Criteri e parametri per l'assegnazione dei contributi alle scuole paritarie per l'a.s. 2009/201; sulla scorta di quanto già aveva fatto il d.m. 18 marzo 2009, n. 34 "Criteri e parametri per l'assegnazione dei contributi alle scuole paritarie per l'anno scolastico 2008/200"*) che, violando l'ultimo inciso del disposto legislativo appena ricordato, ha aggiunto nelle elenchi dei soggetti che devono intendersi "senza fine di lucro" (all'art. 3) anche le "società [N.d.R.: di capitali] interamente e stabilmente possedute da enti ecclesiastici di confessioni religiose con cui lo Stato ha stipulato patti, accordi o intese" (il testo integrale può leggersi in *olir.it*).

<sup>61</sup> Di cui due soltanto - la legge 9 gennaio 2006 n. 7, che detta "Disposizioni concernenti la prevenzione e il divieto delle pratiche di mutilazione genitale femminile", e la legge 19 febbraio 2004 n. 40, che detta "Norme in materia di procreazione medicalmente assistita" - possono dirsi più o meno in senso proprio ascrivibili al diritto ecclesiastico oggettivo, trattandosi per il resto di leggi che dettano disposizioni per la formazione del bilancio, per conformare il diritto interno alla normativa dell'Unione europea, ecc., che interessano il diritto ecclesiastico incidentalmente.

<sup>62</sup> Di cui nessuno detta una disciplina settoriale o sub-settoriale.

<sup>63</sup> Di cui tre soltanto dettano una disciplina sub-settoriale.

<sup>64</sup> Di cui nessuno detta una disciplina settoriale o sub-settoriale.

<sup>65</sup> Di cui tre soltanto dettano una disciplina sub-settoriale (per il riordino di organismi operanti presso la Presidenza del Consiglio dei ministri, il Ministero dell'istruzione, dell'università e della ricerca, ed il Ministero dell'interno).



2 decreti interministeriali<sup>66</sup>, 18 decreti ministeriali<sup>67</sup>, 1 direttiva del Presidente del Consiglio dei ministri, 1 codice “dei privati” (la 42<sup>a</sup> edizione del Codice dell’Autodisciplina pubblicitaria), 2 deliberazioni dell’Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni. Nei sei anni che hanno preceduto l’anno della svolta (dal 1979 al 1984) contiamo invece 11 atti normativi, di cui 7 leggi, 3 decreti del Presidente della Repubblica, 1 decreto ministeriale.<sup>68</sup>

Con riguardo alla normativa di derivazione pattizia, in senso stretto (leggi di esecuzione/approvazione) e in senso lato (normativa di attuazione, in senso proprio e non), prendendo in esame l’intero arco di tempo dal 1985 ad oggi, constatiamo che dei 33 atti normativi che concernono i rapporti dello Stato con la Chiesa cattolica, 6 sono leggi<sup>69</sup>, 13 sono decreti del Presidente della Repubblica, 4 decreti del Presidente del Consiglio dei ministri, 10 sono scambi di note o di lettere, di cui uno contenente un Verbale di intesa ed uno un Accordo; dei 17 atti normativi concernenti i rapporti con le confessioni religiose diverse dalla cattolica, 11 sono leggi e 6 decreti ministeriali.

Sullo sfondo di questo quadro ricognitivo non è difficile intravedere problemi generali del sistema delle fonti nel nostro ordinamento<sup>70</sup>, legati alle mutazioni registrate dai fondamenti politico-istituzionali dello stato liberale, alle metamorfosi della sovranità<sup>71</sup>, al

---

<sup>66</sup> Ambedue di interesse sub-settoriale (costituzione e disciplina della Consulta giovanile per le questioni relative al pluralismo religioso e culturale).

<sup>67</sup> In uno solo di essi (il d.m. 16 marzo 2001 per il “Riconoscimento di lauree e diplomi in teologia rilasciati dalla facoltà Valdese di teologia, ai sensi della legge 11 agosto 1984 n. 449”) si legge nel preambolo che il Ministro dell’università e della ricerca scientifica e tecnologica ha previamente acquisito “il parere favorevole emesso dalla commissione consultiva per la libertà religiosa in data 15 gennaio 2001” (non ne è più fatto cenno nei successivi decreti ministeriali di modifica né - incomprensibilmente - nell’analogo d.m. 2 luglio 2003 che detta “Disposizioni di attuazione dell’articolo 13 della legge 8 marzo 1989 n. 101, per il riconoscimento di lauree e diplomi rilasciati dalle scuole rabbiniche”).

<sup>68</sup> Per un’analisi dettagliata di queste linee di tendenza si può vedere utilmente il *Rapporto 2008 sulla legislazione*, a cura dell’Osservatorio sulla legislazione della Camera dei deputati.

<sup>69</sup> Di cui quattro autorizzano la ratifica e l’esecuzione di accordi con la S. Sede, e due (formalmente leggi unilaterali) dettano una disciplina organica di settore (enti, beni ecclesiastici e sostentamento del clero; stato giuridico degli insegnanti di religione nelle scuole pubbliche).

<sup>70</sup> Per un ampio quadro, riassuntivo e ricostruttivo, si veda **A. RUGGERI**, *È possibile parlare ancora di un sistema delle fonti* (Relazione al Convegno su *Il pluralismo delle fonti previste in Costituzione e gli strumenti per la loro composizione*, organizzato dall’Università degli Studi di Roma Tre, 27-28 novembre 2008, che può leggersi all’url <http://host.uniroma3.it/centri/crispel/RUGGERI2008.pdf>).

<sup>71</sup> Tra gli ecclesiasticisti ha affrontato *ex professo* il tema **M. RICCA**, *Metamorfosi della sovranità e ordinamenti confessionali. Profili teorici dell’integrazione tra ordinamenti nel*



“definitivo superamento del positivismo otto-novecentesco, dei suoi crismi e dei suoi dogmi, fra cui la granitica certezza del diritto”<sup>72</sup>, alla crisi della centralità del Parlamento, alla problematica della delegificazione e ai suoi eccessi di un tempo<sup>73</sup>, ed ancora, in particolare, alla trasformazione della forma di stato repubblicana a seguito dell’introduzione del sistema maggioritario, come pure alla crescente integrazione delle fonti anche extra-statali ed apicali, che, come suole dirsi, ha consolidato il passaggio dal “sistema” alla “rete”<sup>74</sup> e ad una tutela “multilivello” dei diritti <sup>75</sup>, se solo si consideri ogni diritto di libertà non come un blocco monolitico, ma come un complesso di situazioni e aspettative multiformi (e cangianti nel tempo) la cui più intensa garanzia per qualche aspetto non è apprestata dagli ordinamenti statali<sup>76</sup>.

---

*diritto ecclesiastico italiano*, Giappichelli, Torino, 1999; tra i contributi più recenti segnalo **G. D’ANGELO**, *Regolamentazione giuridica del fenomeno religioso e crisi di sovranità: spunti problematici dalle più recenti decisioni della Corte Suprema statunitense in tema di clausola di separazione*, in *Diritto e Religioni*, 2006/1-2, II, p. 707 ss.; **A. FUCCILLO**; *La multireligiosità tra possibile “normazione” ed ipotetica “autonormazione”*, in *Multireligiosità e reazione giuridica*, cit., p. 267 ss., e **G. LO CASTRO**, *Forme pattizie e metamorfosi della sovranità*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, cit., gennaio 2010.

<sup>72</sup> Cfr. **C. PANZERA**, *Tutela dei diritti fondamentali, tecniche di normazione e tipologia delle pronunce costituzionali (la “rivoluzione della flessibilità”)*, all’url [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it), 2007, p. 1.

<sup>73</sup> Ha parlato di un “processo di deriva assolutamente caotico che ha accompagnato la fortunatissima ascesa del meccanismo della c.d. delegificazione” **F. BILANCIA**, *La legge e l’interesse generale*, cit., p. 3, “una delle cui cause può senz’altro imputarsi al generale riconoscimento del carattere meramente direttivo (e non cogente nei riguardi delle altre leggi) delle prescrizioni contenute nell’art. 17 della legge n. 400 del 1988”. Il ricorso alla delegificazione appare oggi, invece, “in fase calante ... perché, in mancanza di una riserva di regolamento fissata in Costituzione, la legge resta libera di rioccupare gli spazi concessi al regolamento, tant’è che la prassi segnala frequenti casi di rilegificazione” (cfr. **G. DI COSIMO**, *E le Camere*, cit., p. 154).

Tra gli ecclesiasticisti aveva scritto delle forme ammissibili di delegificazione, perché “rispettose dei canoni di compatibilità con i principi della legalità sostanziale”, **S. BERLINGÒ**, voce *Fonti del diritto ecclesiastico*, cit., p. 51 ss. dell’estratto.

<sup>74</sup> Si veda **B. PASTORE**, *Soft law, gradi di normatività, teoria delle fonti*, cit., specie p. 9 s..

<sup>75</sup> Come ha osservato **N. COLAIANNI**, *L’influenza della “Costituzione europea” sul diritto (statale) di libertà di religione*, in *Studi sull’immigrazione*, 2007/2, p. 316, “si può parlare già oggi ... di una “costituzione europea” nel senso specifico, coincidente con la tutela dei diritti fondamentali, che a tale espressione attribuisce il costituzionalismo contemporaneo”; sul punto rinvio, per tutti, a **G. SILVESTRI**, *Verso uno ius commune europeo dei diritti fondamentali*, in *Quaderni costituzionali*, 2006, p. 8 ss..

<sup>76</sup> Rinvio a **N. COLAIANNI**, *L’influenza della “Costituzione europea”*, cit. specie, p. 322 ss..



La legge, si è detto con una efficace sintesi, “non è più la casa dell’uguaglianza”, ed al contempo “non è più l’unica casa della norma”<sup>77</sup>.

## 6 - ... e gli specifici problemi del diritto ecclesiastico

Si intravedono, in aggiunta, specie dopo la formalizzazione del passaggio dal modello di stato confessionista a quello di stato laico, problemi specifici della nostra disciplina, in cui convivono l’insistito ricorso del Governo alle fonti di derivazione pattizia di impronta privilegiaria, l’inclinazione verso quello “spirito di rinvio” delle necessarie riforme che fu autorevolmente ritenuto il peccato d’origine della nostra Carta<sup>78</sup>, l’inerzia e la ritrosia del legislatore alla produzione normativa generale di settore<sup>79</sup> che ponga fine “all’affastellarsi, talvolta senza senso, di fonti”, al deposito alluvionale delle norme che rendono arduo “il lavoro paziente e quasi certosino di ricognizione e di riordino”<sup>80</sup>, e la propensione di ambedue per interventi di natura speciale (e privilegiaria) nel contesto di discipline di settori altri o affini,

---

<sup>77</sup> S. BERLINGÒ, *Diritto interculturale: istruzioni per l’uso di un ecclesiasticista-canonista*, in *Daimon*, 2008/8, p. 46.

<sup>78</sup> Cfr. P. CALAMANDREI, *La Costituzione e le leggi per attuarla*, nel volume collettaneo *Dieci anni dopo. 1945.1955. Saggi sulla vita democratica italiana*, Laterza, Bari, 1955, p. 222, per il quale “Dopo un settennio di vita costituzionale repubblicana, dopo un decennio dalla Liberazione, bisogna, con dolore ma non con sorpresa, accorgersi che questi anni non sono stati soltanto d’immobilismo costituzionale’ (nel senso che la Costituzione si sia arrestata, in parte compiuta e in parte da compiere, come la lasciò l’Assemblea Costituente alla fine del 1947), ma sono stati, anche nel campo costituzionale, anni di arretramento: non sosta su posizioni raggiunte, ma reazione e restaurazione del passato; non inattività temporanea, in attesa di ripigliare il lavoro, ma smantellamento e macerazione anche di quella parte di lavoro che si credeva per sempre compiuta” (p. 212).

<sup>79</sup> Opportunamente ha ricordato M. RICCA, «Multireligiosità», «multiculturalità», «reazioni dell’ordinamento». *Tre segnavia per il diritto interculturale*, nel volume a cura di A. Fuccillo, *Multireligiosità e reazione giuridica*, Giappichelli, Torino, 2008, p. 168 s., che «L’inerzia dell’ordinamento non è detto che sia inerzia del diritto. Applicare le stesse disposizioni, le stesse direttive normative a soggetti di altra cultura o religione determina notevoli reazioni [...] sul piano dell’effettività delle norme, del loro significato sociale, personale, psicologico. Inerzia vuol dire fingere che la diversità non ci sia, barricandosi dietro il valore formale dell’uguaglianza *di fronte alla legge*. Ma ciò vuol dire anche produrre risultati normativi che non sono quelli *standard*, cioè quelli preconizzati nelle prognosi di effettività che accompagnano la progettazione legislativa, le opzioni di nomofilachia operate ai più alti livelli di esercizio della giurisdizione, per non parlare poi dell’attività di controllo di legittimità costituzionale».

<sup>80</sup> Rinvio a S. BERLINGÒ, G. CASUSCELLI, *Prefazione alla quarta edizione*, ora in *Codice di diritto ecclesiastico*, 5<sup>a</sup> ed., cit., p. XIV.



che sfuggono facilmente ad una visione d'insieme proprio a motivo della loro "de-specializzazione formale" andando a costituire quello che è stato chiamato il "diritto ecclesiastico sommerso"<sup>81</sup>. È difficile contestare che negli ultimi venticinque anni i mutamenti normativi più rilevanti debbano essere ascritti alla giurisprudenza della Corte costituzionale<sup>82</sup>, sebbene negli anni più vicini essa sembra attestarsi su di "una linea di prudenza"<sup>83</sup>.

In molti campi, ed in particolare in quello che ora ci riguarda, il Parlamento non è apparso il miglior sostenitore delle proprie attribuzioni. Sembra, infatti, che faccia anche al caso nostro l'osservazione che

"il Parlamento, a tutela delle proprie attribuzioni, non solo avrebbe potuto intervenire legislativamente (...), ma avrebbe dovuto (e non solo potuto), altrettanto tempestivamente, sollevare, dinanzi alla Corte costituzionale, un conflitto di attribuzioni tra poteri dello Stato ...; e ciò al preciso fine di evitare il c.d. effetto di convalescenza dei provvedimenti nel frattempo adottati"

da soggetti esponenziali di altri poteri, evitando di prestare acquiescenza per la considerazione che

"le consuetudini facoltizzanti operano, infatti, contemporaneamente in una duplice direzione, da un lato attribuendo un dato potere ad alcuni soggetti o organi, dall'altro prefigurando un'accettazione di tale potere da parte degli altri soggetti o organi interessati"<sup>84</sup>.

---

<sup>81</sup> Si veda **E. VITALI**, *Relazione di sintesi*, in **AA. VV.**, *Interessi religiosi e legislazione regionale*, a cura di R. Botta, Giuffrè, Milano, 1994, p. 159.

<sup>82</sup> «La giurisprudenza della Corte ha operato "mutamenti normativi" per avere inciso in primo luogo sulle stesse fonti costituzionali: essa, infatti, ha dato atto che le norme costituzionali in materia ecclesiastica formano un "microsistema" insuscettibile di una lettura disarticolata, e lo ha integrato nelle sue posizioni apicali»: **G. CASUSCELLI**, *Le fonti (pattizie) del diritto ecclesiastico nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, nel volume a cura di R. Botta, *Diritto ecclesiastico e Corte costituzionale*, ESI, Napoli, 2006, p. 46. Anche nella nostra materia, infatti, la Corte ha assolto il compito di «produzione immediata di regole di diritto non legislativo e di partecipazione al processo legislativo» di cui aveva parlato **G. ZAGREBELSKY**, *La Corte costituzionale e il legislatore*, in *Foro It.*, 1981, V, 245.

<sup>83</sup> Così **E. VITALI**, *L'evoluzione del diritto ecclesiastico nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, in *Dir. ecl.*, 2007, I, p. 35.

<sup>84</sup> Le considerazioni sono di **A. PACE**, *I poteri normativi del CSM*, p. 6 del testo che può leggersi all'url [www.associazioneitalianadeicostituzionalisti.it](http://www.associazioneitalianadeicostituzionalisti.it), maggio 2010, in corso di pubblicazione su *Rassegna parlamentare*, 2010.

Con riguardo agli accordi di livello sub-regionale, con province e comuni, con riguardo alle loro competenze e funzioni istituzionali, ad esempio, si è ribadito che



Gli inconvenienti di una tecnica di redazione normativa sempre più fortemente influenzata (specie nella scelta dei “tipi” di fonte da utilizzare) da finalità contingenti d’ordine politico, da “scelte occasionali”<sup>85</sup>, si assommano agli inconvenienti del ricorso ad un linguaggio normativo caratterizzato spesso dal carattere più discorsivo, direttivo, dialogico (che non significa più chiaro nei significati) che precettivo e cogente<sup>86</sup>. Un linguaggio che dà vita ad un “testo aperto”, generico<sup>87</sup> (talvolta, si ha la sensazione, “furbo”), che predilige

---

“non si vede infatti a quale titolo (...) lo Stato potrebbe vietare a tali enti di pervenire, nell’ambito delle proprie competenze, a intese con le autorità ecclesiastiche locali, come di fatto avviene”; che anzi «si potrebbe sostenere che, non menzionandoli in alcun modo, lo Stato ha rinunciato a proporre specifici “indirizzi” a tali accordi» (G. FELICIANI, *Introduzione*, in AA. VV., *Patrimonio culturale di interesse religioso in Italia*, a cura di M. Madonna, Marcianum Press, Venezia, 2007, p. 12).

<sup>85</sup> Come bene nota R. ASTORRI, *Stato e Chiesa in Italia: dalla revisione concordataria alla «seconda repubblica»*, in *Quad. dir. pol. eccl.*, 2004/1, p. 56, “in questi ultimi venti anni si è fortemente accentuato l’aspetto politico dei rapporti tra Stato e Chiesa, a discapito di quello più propriamente giuridico (...) Ne è derivato un rallentamento nell’attuazione della politica ecclesiastica, quale era stata pensata nel 1984, e la crescita di una legislazione non bilaterale, ma contrattata, espressione di scelte occasionali, legate a valutazioni del momento, piuttosto che espressione di un disegno organico e consapevole”.

<sup>86</sup> Si pensi all’art. 4 della l. 11 agosto 1984 n. 449, secondo il quale “la Repubblica prende atto che la Tavola valdese, nella convinzione che la fede non necessita di tutela penale diretta, riafferma il principio che la tutela penale in materia religiosa deve essere attuata solamente attraverso la protezione dell’esercizio dei diritti di libertà riconosciuti e garantiti dalla Costituzione, e non mediante la tutela specifica del sentimento religioso”.

<sup>87</sup> Si pensi all’impegno “alla reciproca collaborazione per la promozione dell’uomo e il bene del Paese” (art. 1 dell’Accordo del 1984), al riconoscimento del “particolare significato che Roma ... ha per la cattolicità” (art. 2.4), all’impegno a tenere “conto delle esigenze religiose delle popolazioni” in materia di edilizia di culto (art. 3.5: “disposizione assai generica, dal contenuto sostanzialmente programmatico” commenta G. DALLA TORRE, *Il sistema di accordi con la Chiesa cattolica e l’incidenza delle fonti unilaterali statali*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, cit., marzo 2010, p. 6), alle varie norme pattizie con cui le parti “si impegnano a collaborare per la tutela e la valorizzazione dei beni afferenti al patrimonio storico e artistico” delle confessioni diverse dalla cattolica. Ha osservato G. LONG, *Le intese con chiese evangeliche*, nel volume *Dall’accordo del 1984 al disegno di legge sulla libertà religiosa*, cit., p. 321 ss., come le intese che egli definisce “corte” siano «ricche soprattutto di dichiarazioni astratte e spesso formulate in negativo o in modo unilaterale, le «lunghe» regolano minutamente intere materie».

Su improprietà e dimenticanze presenti nel testo dell’Accordo del 1984 sono sempre attuali le pagine di M. CONDORELLI, “Scherz und Ernst” *sul nuovo Concordato*, in *Dir. eccl.*, 1984, I, p. 363 ss..



l'ambiguità e la vaghezza<sup>88</sup> che lasciano ampi spazi di discrezionalità vuoi nel predisporre gli strumenti per la sua applicazione (norme o provvedimenti che siano), vuoi nel ricostruirne, senso, contenuto, limiti<sup>89</sup>. Un linguaggio, in sintesi, che (non contemperando le esigenze della certezza e della indeterminatezza, proprie di ogni ordinamento, e dei sottostanti bisogni sociali<sup>90</sup>) si sottrae al compito di garantire l'effettività dei valori protetti dal diritto<sup>91</sup> poiché è d'ostacolo alla sua

---

<sup>88</sup> Sull'uso dei due termini si veda **L. LOMBARDI VALLAURI**, *Norme vaghe e teoria generale del diritto*, in *Ars Interpretandi*, 3, 1998 (che può leggersi all'url [www.arsinterpretandi.it](http://www.arsinterpretandi.it)), che chiama ambiguità «l'indeterminazione semantica: "non sappiamo bene che cosa significa quella norma"» e chiama vaghezza «l'indeterminazione casistica: "non sappiamo bene quali fattispecie concrete rientrano nella fattispecie astratta contemplata dalla norma"» (p. 157).

<sup>89</sup> In via esemplificativa, si pensi alla tanto discussa disposizione - del comma 2-bis dell'art. 7 del d.l. n. 203 del 2005 (*"Misure di contrasto all'evasione fiscale e disposizioni urgenti in materia tributaria e finanziaria"*), come sostituito dall'art. 39 (*"Modifica della disciplina di esenzione dall'ICI"*) del d.l. 4 luglio 2006 n. 223, convertito con modificazioni nella l. 4 agosto 2006, n. 248 - in base alla quale l'esenzione dall'ICI "si intende applicabile alle attività ... che non abbiano esclusivamente natura commerciale", che aveva suscitato non poche difficoltà interpretative. Ha cercato di porre rimedio una circolare del ministero dell'economia e delle finanze (26 gennaio 2009 n. 2/DF *"Imposta comunale sugli immobili (ICI). Art. 7, comma 1, lettera i), del D. Lgs. 30 dicembre 1992, n. 504. Esenzioni. Quesiti"*) che con tono critico ha ritenuto «necessario innanzitutto sottolineare che un'attività o è commerciale, o non lo è, non essendo possibile individuare una terza categoria di attività. Pertanto, se non è possibile individuare attività qualificabili come "non esclusivamente di natura commerciale", si può sostenere che quest'ultimo inciso debba essere riferito solamente alle specifiche modalità di esercizio delle attività in argomento, che consentano di escludere la commercialità allorquando siano assenti gli elementi tipici dell'economia di mercato (quali il lucro soggettivo e la libera concorrenza), ma siano presenti le finalità di solidarietà sociale sottese alla norma di esenzione». La circolare anzidetta (il testo può leggersi in [olir.it](http://olir.it)), finisce però con il modificare il senso della disposizione normativa e con il dettare un'ampia disciplina di dettaglio, integrativa e specificativa.

<sup>90</sup> Sul punto si veda **H.L.A. HART**, *Il concetto di diritto*, cit., specie p. 146 ss.. Sul tema si veda ampiamente, per tutti, **C. LUZZATI**, *La vaghezza delle norme. Un'analisi del linguaggio giuridico*, Giuffrè, Milano, 1990; **ID.**, *L'interprete e il legislatore. Saggio sulla certezza del diritto*, Giuffrè, Milano, 1999.

<sup>91</sup> Per la tesi che questo sia il compito proprio del linguaggio giuridico, che di per sé non può invece garantire l'effettività di quei valori, si veda **D. FARIAS**, *Idealità e indeterminatezza dei principi costituzionali*, Giuffrè, Milano 1981, specie p. 231 s..

Il problema è sentito da tempo in dottrina, ma solo di recente una legge (l.r. Toscana 22 ottobre 2008, n. 55) ha dettato "Disposizioni in materia di qualità della normazione", ponendo «principi e regole sulla buona fattura degli atti normativi ... esito significativo di quel processo politico e culturale volto a riaffermare la necessità di "leggi" ben formulate su cui da tempo si fonda il concetto "moderno ed attuale" di tecnica legislativa»: cfr. **R. VIRGILIO**, *La legge toscana sulla qualità della normazione. Oltre l'ipoteca imperativista*, all'url [tecnichenormative.it](http://tecnichenormative.it), p. 1.



certezza, ed incide in tal maniera sullo stesso carattere democratico dell'ordinamento<sup>92</sup>.

Una disciplina come la nostra sperimenta per sua natura come l'interprete debba misurarsi con il fenomeno del "concorso libero tra le fonti"<sup>93</sup>, in un duplice profilo.

Sotto un primo profilo, infatti, deve misurarsi con i problemi derivanti dalla **integrazione nella produzione delle fonti** sebbene non siano stati ancora sciolti, secondo un apprezzamento diffuso e consolidato in dottrina, i nodi pregiudiziali dell'ambito di operatività della c.d. "riserva di accordi" e della esistenza o non di una "riserva di legge" per la loro esecuzione<sup>94</sup>. Basti pensare al cospicuo spazio non conformato in cui opera la disciplina unilaterale di attuazione, diretta o indiretta, delle fonti pattizie; alla anomala disciplina unilaterale di attuazione di "dichiarazioni di intento" di parte statale rilasciate nel contesto di fonti pattizie<sup>95</sup>; alla disciplina unilaterale che presuppone

---

<sup>92</sup> Si possono leggere, sul punto e da ultimo, i contributi editi nel volume a cura di P. Perlingieri, *Sulle tecniche di redazione normativa nel sistema democratico*, ESI, Napoli, 2010.

<sup>93</sup> Rinvio a **G. CASUSCELLI**, *Dal pluralismo confessionale alla multireligiosità: il diritto ecclesiastico e le sue fonti nel guado del post-confessionismo*, cit., p. 61 ss., e, più di recente, a **G. DALLA TORRE**, *Il sistema di accordi*, cit., marzo 2010, specie p. 2 ss..

<sup>94</sup> Si veda sui due punti, per tutti, **S. BERLINGÒ**, voce *Fonti del diritto ecclesiastico*, cit., specie p. 34 ss. e p. 49 ss., ed anche **G. CASUSCELLI**, *Post-confessionismo e transizione*, Giuffrè, Milano, 1984, p. 187 s. Occorre, però, tenere in conto che "la garanzia della riserva di legge, nel nostro ordinamento costituzionale, fa acqua da tutte le parti grazie ad una molteplicità di cause da un lato strutturalmente addebitabili al *continuum* maggioranza parlamentare-Governo e alle conseguenti invasioni di campo, dall'altro alla piena equiparazione giurisprudenziale degli atti legislativi del Governo a quelli del Parlamento, alla permissiva giurisprudenza della nostra Corte costituzionale in tema di limiti ai decreti legge e ai decreti legislativi ...": così **A. PACE**, *Anatocismo e riserva di legge*, in [www.associazionedeicostituzionalisti.it](http://www.associazionedeicostituzionalisti.it), febbraio 2008.

<sup>95</sup> Nel preambolo della *Intesa tra l'autorità scolastica italiana e la Conferenza episcopale italiana per l'insegnamento della religione nelle scuole pubbliche* (resa esecutiva con DPR 16 dicembre 1985 n. 751) si legge che le parti ne hanno determinato gli specifici contenuti "fermo restando l'intento dello Stato di dare una nuova disciplina dello stato giuridico degli insegnanti di religione". L'intento non risulta formulato in alcuna fonte normativa, e l'art. 9.2 dell'Accordo del 1984 non fa alcun riferimento allo stato giuridico degli insegnanti di religione, a differenza dell'art. 11.2 il quale dispone in forma espressa che l'assistenza spirituale (agli appartenenti alle forze armate, alla polizia o ad altri servizi assimilati, ai degenti in ospedali, case di cura o di assistenza pubbliche, a quanti dimorino negli istituti di prevenzione e di pena) sia prestata da ecclesiastici nominati dalle autorità italiane competenti ma designati dall'autorità ecclesiastica. Con riferimento anche a questa normativa **G. DALLA TORRE**, *Il sistema di accordi*, cit., p. 7 ss., individua la categoria delle «fonti unilaterali "praeter legem"», che si possono considerare come "integratrici delle disposizioni convenute".



per la sua applicazione il vigore di una previa disciplina pattizia tra lo Stato e la confessione destinataria di misure agevolative<sup>96</sup>; o, ancora, e per converso, alla disciplina pattizia necessaria per l'applicazione di fonti unilaterali a richiesta di una singola confessione, come avviene con le così dette "piccole intese"<sup>97</sup>, oltre che alla (sempre più ampia area della) disciplina unilaterale di attuazione del diritto comunitario ed internazionale.

Contestualmente, sotto un secondo profilo, l'interprete deve misurarsi (senza la possibilità di una scelta definitiva tra l'uno e l'altro) con il fenomeno della **integrazione nell'interpretazione tra norme** che esige il **ricorso a**, ed il **confronto tra** principi supremi dell'ordinamento costituzionale, principi e norme pattizie, norme di diritto comunitario, norme costituzionali, norme di diritto internazionale assunte al rango di norme sub costituzionali, e risolvere il problema, spesso arduo, de "l'equilibrio che tra le stesse si instaura e svolge a seconda dei casi"<sup>98</sup>.

Anche con riguardo alle libertà di religione e di convinzione può dunque affermarsi che "il *linguaggio dei diritti*" non coincide con "il *linguaggio della legge*",

«ed il primo tende a procedere lungo binari propri e largamente autonomi dal secondo. Anzi, a ben vedere, si può affermare che oggi sia il linguaggio dei diritti, *divenuto linguaggio della Costituzione*, a condizionare il linguaggio del legislatore. In un'accezione politicamente pregnante, infatti, il termine "Costituzione" ha assunto il riconoscimento e la tutela dei diritti a proprio contenuto indefettibile, quale uno fra i principali pilastri dell'odierno "Stato costituzionale". Pertanto, la precedenza/gerarchia logico-normativa della Costituzione rispetto agli atti di normazione inferiori – e fra questi le leggi – in qualche

---

<sup>96</sup> Si vedano, in via esemplificativa, l'art. 1.3 del d.lgs. 24 marzo 2006 n. 155 (*Disciplina dell'impresa sociale, a norma della legge 13 giugno 2005, n. 118*) e l'art. 1.1 della l. 1 agosto 2003 n. 206 (*Disposizioni per il riconoscimento della funzione sociale svolta dagli oratori e dagli enti che svolgono attività similari e per la valorizzazione del loro ruolo*).

<sup>97</sup> Si veda l'art. 5, secondo comma, l. 22 dicembre 1973 n. 903 (*Istituzione del Fondo di previdenza del clero e dei ministri di culto delle confessioni religiose diverse dalla cattolica e nuova disciplina dei relativi trattamenti pensionistici*).

<sup>98</sup> Ha messo in luce i due significati dell'integrazione, sul piano della produzione di fonti e dell'interpretazione di norme, **A. RUGGERI**, *Sistema integrato di fonti*, cit., per il quale «piuttosto che discutere di un *sistema delle fonti* ("integrato" o no che sia), giova discorrere di un *sistema delle norme*, per l'equilibrio che tra le stesso si instaura e svolge a seconda dei casi» (p. 4). Dello stesso A. si vedano anche *È possibile parlare ancora di un sistema delle fonti?*, cit., e *Il "posto" delle norme internazionali e comunitarie in ambito interno: una questione di punti di vista* (in [www.associazioneitalianadeicostituzionalisti.it](http://www.associazioneitalianadeicostituzionalisti.it)).



modo finisce per invertire il rapporto di condizionamento fra legge e diritti»<sup>99</sup>.

## 7 – La riduzione della complessità e delle contraddizioni del “sistema” e lo strumento dell’abrogazione legislativa

È opinione diffusa da tempo che, sotto il profilo procedurale,

«la situazione attuale delle fonti del diritto presenta aspetti di tale complessità e contraddizione da rendere problematico l’uso dello stesso termine “sistema” per indicare l’insieme dei modi in cui si svolge la produzione normativa ai vari livelli dell’ordinamento»<sup>100</sup>:

e nella prefazione alla quarta edizione del Codice per l’appunto segnalavamo la “complessità che ha caratterizzato in questi ultimi anni la dinamica delle vicende normative” oltre che “l’insoddisfacente stadio di rifinitura delle stesse disposizioni”<sup>101</sup>, che violano basilari principi di speditezza ed efficienza. Più di recente si è scritto di “un sistema fluido, se così si può dire, omogeneo a una società sempre più liquida, e in cui la rete di relazioni (reali e virtuali) supplisce una indubbia carenza istituzionale e di sovranità”<sup>102</sup>.

Le espressioni adoperate poc’anzi quali “affastellarsi senza senso”, “deposito alluvionale” delle fonti di cognizione, non sono iperboli, come pure si potrebbe pensare. Occorre considerare, infatti, che il dato numerico crescente non è, di per sé, indice di vitalità

---

<sup>99</sup> Cfr. C. PANZERA, *Tutela dei diritti fondamentali, tecniche di normazione e tipologia delle pronunce costituzionali (la “rivoluzione della flessibilità”)*, che può leggersi all’url [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it), 2007, p. 2.

<sup>100</sup> G. SILVESTRI, *La ridefinizione*, cit., p. 149.

<sup>101</sup> Si può portare l’esempio del DPR 2 febbraio 1994 n. 175 che nell’intestazione recita “**Approvazione** dell’intesa Italia-Santa Sede per il riconoscimento dei titoli accademici pontifici”, e nell’articolato dispone (art. 1.1) che “Piena ed intera **esecuzione** è data allo scambio di note verbali ...” (mio il grassetto), ricordando con quanta cura si è fatto ricorso al termine “approvazione” nel testo delle intese con le confessioni diverse dalla cattolica anziché a quello di “esecuzione”, per poi fare sparire ogni riferimento sia nella rubrica delle leggi adottate dallo Stato, le cui rubriche recitano “Norme per la regolazione dei rapporti tra lo Stato e ...” sia nel testo, che non parla della approvazione dell’intesa. Eppure, sempre a mo’ d’esempio, la l. 5 ottobre 1993 n. 409 (“Integrazione dell’intesa tra il Governo della Repubblica italiana e la Tavola valdese, in attuazione dell’articolo 8, terzo comma, della Costituzione”) afferma all’art. 1 che l’intesa modificativa sulla cui base è emanata la legge “integra l’intesa firmata tra lo Stato e la Tavola valdese in data 21 febbraio 1984 ed **approvata** con legge 11 agosto 1984, n. 449”.

<sup>102</sup> Così A. BETTETINI, *Tra autonomia e sussidiarietà*, cit., p. 1 s..



normativa e non è necessariamente segno di sicura e coerente progettualità: basti considerare che gli oltre ottanta anni di ininterrotta produzione normativa sono segnati da poche abrogazioni espresse (ed indiscusse) delle norme precedenti ad opera della norma successiva nel tempo, dalla mancanza di coordinamento tra fonti di grado diverso o appartenenti a segmenti diversi dell'ordinamento giuridico o emanate da legislatori plurimi, da richiami normativi incontrollati o di stile, da una tecnica della normazione che si nutre di addizioni e di rinvii inestricabili, a cui invano lo stesso legislatore nel corso del tempo ha cercato di porre rimedio.

Persino lo strumento dell'abrogazione espressa, in astratto il più semplice per il legislatore e il più scevro di problemi per l'interprete, non ha dato esiti soddisfacenti, per il prevalere delle ragioni della politica su quelle dell'ermeneutica.

Ricordo, ad esempio, l'irrisolto contrasto tra il giudice delle leggi ed il giudice della legittimità sulla portata del disposto dell'art. 13.1 dell'Accordo del 1984, nella parte in cui prevede che "le disposizioni del Concordato stesso non riprodotte nel presente testo sono abrogate". La Corte costituzionale ne ha circoscritto l'efficacia abrogativa, in materia di giurisdizione ecclesiastica matrimoniale, in modo da ridurre al minimo la perdita delle prerogative della Chiesa cattolica, e di conseguenza ha potuto ritenere la permanenza della riserva esclusiva di giurisdizione in favore dei tribunali ecclesiastici, in forza di un "logico corollario" che discende non dalla nuova disciplina pattizia, bensì dalla norma ricavata dall'art. 34 del Concordato lateranense<sup>103</sup>, sebbene in anni lontani avesse deciso che l'eventuale limitazione delle competenze dello Stato dovesse "risultare da norma espressa, e, in mancanza di questa non [fosse] desumibile da incerti argomenti interpretativi"<sup>104</sup>. La Corte di cassazione, a sezioni unite, invece, ha ritenuto che "dalla mancata riproduzione nel nuovo testo (ossia dalla mancata *riproduzione testuale*) discende l'abrogazione delle disposizioni precedenti"<sup>105</sup>.

## 8 – Il deludente esito della "semplificazione legislativa"

Gli anni più vicini hanno visto avviarsi una meritoria opera di semplificazione legislativa che ha portato all'emanazione di

---

<sup>103</sup> Si veda la sentenza della Corte costituzionale n. 421 del 1993 (in *Quad. dir. pol. eccl.*, 1993/3, p. 862 ss.).

<sup>104</sup> Corte cost., sentenza n. 169 del 1971.

<sup>105</sup> Si veda la sentenza della Corte di Cassazione a Sezioni Unite n. 1824 del 1993 (in *Quad. dir. pol. eccl.*, 1993/3, p. 865 ss., parte III.3 dei *Motivi*).



provvedimenti definiti “taglia-leggi”, ed all’abbattimento - per dirla con le parole del ministro per la semplificazione normativa - di “un muro di atti normativi, ormai obsoleti e inutili” che, in un anno e mezzo di lavoro, avrebbe cancellato dall’ordinamento italiano ben 375 mila atti. Al ministro è stata delegata, tra le altre, la funzione di predisporre o co-proporre le

“iniziative dirette al riordino o alla semplificazione della normativa vigente, anche mediante l’adozione di codici, testi unici o regolamenti, da qualunque disposizione previste e anche in sede di direttive comunitarie; l’espressione del concerto sugli altri regolamenti di delegificazione”<sup>106</sup>.

Gli ecclesiasticisti più avanti negli anni sorrideranno, forse, ricordando che già l’art. 34 della legge n. 848 del 1929 autorizzava il Governo non solo “a modificare, in quanto occorra, le vigenti disposizioni legislative in materia ecclesiastica, anche per coordinarle con quelle del Trattato con la Santa Sede, del Concordato e della presente legge” e “ad emanare tutte le norme per la completa attuazione della presente legge”, dando corpo ad un programma di politica ecclesiastica finalizzato a creare un “sistema”, ma anche l’autorizzava “a riunire in testi unici le disposizioni legislative quanto quelle regolamentari in materia ecclesiastica”, sparse e disperse nei diversi settori dell’ordinamento.

Il non avere mai messo mano a questo compito nel corso degli ottanta anni trascorsi ha fatto sì che per il diritto ecclesiastico oggettivo anche la semplificazione - che pure, a dire del ministro, avrebbe voluto “percorrere la strada dell’abrogazione espressa per dare maggiore certezza al campo delle norme vigenti”<sup>107</sup> - abbia finito con il rivelarsi non priva di complessità ma, in compenso, povera di risultati. Malgrado il Governo abbia fatto ricorso nell’arco di sei mesi a due decreti legge (il n. 112 ed il n. 200 del 2008), ambedue convertiti in legge con modificazioni, la nostra confusione infatti non si è dissolta<sup>108</sup>.

---

<sup>106</sup> Art. 2.1 D.P.C.M. 13 giugno 2008.

<sup>107</sup> L’affermazione si legge nel resoconto stenografico della Audizione del Ministro per la semplificazione normativa, ad opera della Commissione Parlamentare per la semplificazione della legislazione, Senato della Repubblica, 21<sup>a</sup> seduta di martedì 21 maggio 2009, p. 5.

<sup>108</sup> Il d.l.25 giugno 2008 n. 112 è stato convertito, con modificazioni, nella legge 6 agosto 2008 n. 113; il successivo decreto legge 22 dicembre 2008 n. 200 è stato convertito, con modificazioni, nella legge 18 febbraio 2009 n. 9.



Vi sottoporro pochi esempi (tra i molti possibili), quelli più significativi<sup>109</sup>.

Il crocifisso da esporre nelle aule scolastiche, è risaputo, rientra nella dotazione degli arredi contemplata (per le scuole elementari) dal R.D. n. 1297 del 1928 e (per le scuole medie) dal R.D. n. 965 del 1924, provvedimenti a tutti noti per le molteplici vicende giudiziarie che fino a quel tempo avevano occupato il giudice civile, il giudice amministrativo, la Corte costituzionale, e, sul piano politico-istituzionale, le autorità governative<sup>110</sup>. Ebbene, l'art. 24 del d.l. n. 112 del 2008 aveva incluso nell'elenco delle disposizioni espressamente abrogate solo la disciplina relativa alle scuole medie e non - chi sa per quali motivi - la disciplina relativa alle scuole elementari; ma, a poco più di sei mesi di distanza, la legge n. 9 del 2009 di conversione del d.l. n. 200 del 2008, abrogava ... l'abrogazione sopprimendo il richiamo al decreto n. 965 del 1924 fatto nell'Allegato A al primo decreto legge<sup>111</sup>. La finalità politica dell'operato del Parlamento mirava a dare luogo, con una formulazione sulla cui correttezza dal punto di vista tecnico vi sarebbe molto da discutere, al fenomeno della reviviscenza della norma abrogata, con efficacia *ex nunc*; reviviscenza in ordine alla quale in dottrina è prevalente l'opinione contraria<sup>112</sup>, vuoi per chi acceda alla teoria che identifica l'effetto abrogativo nella estinzione delle norme<sup>113</sup>, vuoi per chi lo faccia consistere "nella definitiva inapplicabilità della norma abrogata ai fatti futuri che si verificheranno a partire dal momento in cui è possibile fissare l'effetto stesso"<sup>114</sup>.

---

<sup>109</sup> Per la cui individuazione devo ringraziare l'ausilio prezioso del Prof. Angelo Licastro.

<sup>110</sup> Un riassunto delle vicende giudiziarie, approdate infine al cospetto dei giudici di Strasburgo, può leggersi in **M. TOSCANO**, *Nuovi segnali di crisi: i casi Lombardi Vallauri e Lautsi davanti alla Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, cit., maggio 2010.

<sup>111</sup> La legge 18 febbraio 2009, n. 9 ("Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 22 dicembre 2008, n. 200, recante misure urgenti in materia di semplificazione normativa") all'art. 3 ("Modifiche all'Allegato A annesso al decreto-legge 25 giugno 2008, n. 112, convertito, con modificazioni, dalla legge 6 agosto 2008, n. 133") al punto 1-bis dispone: "Con decorrenza dalla data di entrata in vigore del presente decreto, all'Allegato A annesso al decreto-legge 25 giugno 2008, n. 112, convertito, con modificazioni, dalla legge 6 agosto 2008, n. 133, sono altresì soppresse: a) la voce n. 224, relativa al regio decreto 30 aprile 1924, n. 965; (omissis)".

<sup>112</sup> Cfr. **R. GUASTINI**, *Le fonti del diritto e l'interpretazione*, Giuffrè, Milano, 1993, p. 302.

<sup>113</sup> Cfr. **S. PUGLIATTI**, voce *Abrogazione (teoria generale e abrogazione degli atti normativi)*, in *Enc. dir.*, vol. I, Giuffrè, Milano, 1958, p. 141 ss..

<sup>114</sup> Così **F. MODUGNO**, voce *Abrogazione*, in *Enciclopedia Giuridica Treccani*, Roma, 1988, p. 4.



Analoga sorte era toccata alla legge n. 848 del 1929, anch'essa dapprima inclusa e poi soppressa dall'elenco delle disposizioni abrogate, poiché il legislatore aveva trascurato la circostanza che l'art. 74 della legge n. 222 del 1985 aveva già dichiarato "abrogate, se non espressamente richiamate, le disposizioni della legge 27 maggio 1929, n. 848, e successive modificazioni", facendo così salva la vigenza del solo art. 18 di quest'ultima richiamato espressamente dall'art. 55 delle legge n. 222.

Ancora, sono state abrogate norme già espressamente (e in modo del tutto incontestato) abrogate in un passato anche remoto, come è avvenuto nientemeno che per la legge delle Guarentigie (abrogata sin dal 1929, dall'ultimo comma dell'art. 23 del Trattato lateranense<sup>115</sup>), anche in questo caso verificandosi una abrogazione dell'abrogazione, ma (si può stare certi) senza intenti di reviviscenza della fonte normativa primigenia.

Da ultimo, è stata abrogata la legge 5 giugno 1930 n. 824 sull'insegnamento religioso negli istituti medi d'istruzione classica, scientifica, magistrale, tecnica ed artistica<sup>116</sup>, sulla cui permanenza in vigore (quantomeno in ogni sua parte) potevano nutrirsi seri dubbi. La disciplina che essa dettava era stata sostituita, infatti, dal DPR n. 751 del 1985, di esecuzione dell'Intesa tra l'autorità scolastica italiana e la Conferenza episcopale italiana per l'insegnamento della religione nelle scuole pubbliche. L'intesa, tuttavia, non contiene alcuna espressa disposizione abrogatrice della legge previgente<sup>117</sup>; vero è che la nuova fonte "regola l'intera materia già regolata dalla legge anteriore", comportando così un'ipotesi di abrogazione tacita, contemplata dall'art.

---

<sup>115</sup> "È abrogata la legge 13 maggio 1871, n. 214, e qualunque altra disposizione contraria al presente Trattato".

<sup>116</sup> Dall'art. 24 del D.L. n. 112 del 2008, convertito con modificazioni nella legge n. 133 del 2008 (con riferimento all'Allegato A, n. 416).

<sup>117</sup> Parimenti non contiene alcuna espressa disposizione abrogatrice della legge n. 824 del 1930 la legge 18 luglio 2003 n. 186 ("*Norme sullo stato giuridico degli insegnanti di religione cattolica degli istituti e delle scuole di ogni ordine e grado*").

In sostanza, può ritenersi che fosse rimasta in vigore la disciplina relativa all'affidamento dell'insegnamento religioso per incarico (artt. 5 e 6 legge n. 824 del 1930). La Corte costituzionale aveva implicitamente ritenuto che le norme in questione fossero ancora in vigore nella sent. n. 390 del 1999 e fossero costituzionalmente legittime ("Né la scelta dell'incarico quale strumento di provvista di questo personale docente pur essendo sempre possibili soluzioni diverse rimesse, nel rispetto degli impegni pattizi, alla discrezionalità del legislatore si manifesta arbitraria o palesemente irragionevole, anche in relazione alle peculiarità di questo insegnamento, che hanno già portato a ritenere non fondata una questione di legittimità costituzionale relativa alla mancata partecipazione degli insegnanti di religione a sessioni di abilitazione ed a concorsi riservati").



15 delle disposizioni sulla legge in generale; solo che, trattandosi di decreto presidenziale e non di legge, l'effetto abrogativo sarebbe impedito dalla inettitudine della nuova fonte alla luce del criterio gerarchico.

## 9 – Il ritorno alla “disarmonia” e la sua accentuazione

Anche sul piano sostanziale le cose non vanno meglio per gli ecclesiasticisti.

L'organica, metodica<sup>118</sup> compattezza del complesso normativo (generale, specifico e speciale) che aveva caratterizzato il “diritto ecclesiastico statale formato *radicitus* nello spazio di otto anni ed in regime totalitario”, nel quale era “difficile trovare norme che non s'inform[assero] alle stesse direttive” (in altre parole, norme coerenti e congruenti), aveva superato (se non travolto) la “disarmonia” del diritto ecclesiastico del periodo liberale, nel quale

“con la migliore volontà non si sarebbe riusciti a fare risalire ad un unico spirito informatore norme palesemente ostili alla Chiesa e norme palesemente di protezione”<sup>119</sup>.

Questa disarmonia si è riprodotta dopo l'entrata in vigore della Carta repubblicana, e si è accentuata con il trascorrere del tempo, per molteplici, convergenti concause: per i comportamenti commissivi ed omissivi del legislatore e del Governo democratico; per la ritrosia delle forze di maggioranza per molte legislature a esplicitare un chiaro indirizzo politico in materia ecclesiastica; per il ritardo nell'adeguamento ai principi costituzionali della disciplina di settore (pattizia ed unilaterale); per la resistenza dei legislatori (nazionale e

---

<sup>118</sup> Significativo al riguardo un passo della lettera di Benito Mussolini ad Alfredo Rocco del 4 maggio 1926 (riportata da P. SCOPPOLA, *Chiesa e Stato nella Storia d'Italia*, Laterza, Bari, 1967, p. 571): “Con profonda fede nella missione religiosa e cattolica del popolo italiano, il Governo fascista, ha proceduto metodicamente, con una serie di atti amministrativi e di provvedimenti legislativi, a restituire allo Stato e alla nazione italiana quel carattere di Stato cattolico e di Nazione cattolica, che la politica liberale si era sforzata, durante lunghi anni, di cancellare”.

<sup>119</sup> A.C. JEMOLO, *La classifica dei rapporti fra Stato e Chiesa (A proposito di un libro)*, in *Arch. Giurid.*, vol. CXIX, 1938, p. 1 ss., ora in *Pagine sparse di diritto e storiografia*, scelte e ordinate da L. Scavo Lombardo, Giuffrè, Milano, 1957, p. 38, che così polemizzava con A. CHECCHINI, *Introduzione dommatica al diritto ecclesiastico italiano*, Cedam, Padova, 1937, ed alla sua tesi che i vecchi istituti avrebbero assunto una nuova funzione e si sarebbero adeguati alle direttive fondamentali del nuovo sistema legislativo “pur mantenendo inalterata, per un certo tempo, la struttura originaria”.



regionali) a dare il dovuto seguito alle pronunce della Corte costituzionale che, a partire dal 1989, hanno affermato - prima, e ricostruito poi in tutti i suoi "riflessi" - il principio supremo di laicità della Repubblica, e persino a quelle formalmente ablativo.

Trascorsi oltre sessanta anni dall'entrata in vigore della Carta, viviamo il paradosso - da me chiamato della "riforma dovuta e temuta"<sup>120</sup> - che vede la tutela delle minoranze affidata ancora oggi ad una legge del 1929<sup>121</sup> perché non si è voluto e saputo mettere la «parola "fine" alla lunga vicenda ... del superamento della legislazione sui cosiddetti "culti ammessi"»<sup>122</sup>; e non si è voluto e saputo coagulare il necessario consenso delle forze politiche presenti in Parlamento per una disciplina organica mirata ad apprestare una tutela adeguata e conforme a Costituzione delle libertà di religione correlate vuoi alle credenze di fede di ogni individuo, vuoi alle convinzioni non fideistiche, vuoi di fronte allo Stato (e ai pubblici poteri, in genere) vuoi alle chiese (ed alle autorità ecclesiastiche).

Il diritto ecclesiastico repubblicano si è articolato cogliendo un profilo per così dire soggettivo della locuzione anziché quello oggettivo, per avere accentuato il rilievo dell'aggettivo "ecclesiastico" a scapito del sostantivo "diritto": si è venuto configurando, infatti, come un insieme di norme contrassegnato dal comune denominatore della funzione di garanzia positiva e promozione delle aspettative di alcune confessioni - privilegiate perché «del tipo da "cerimonia"»<sup>123</sup> e dunque ammesse

---

<sup>120</sup> In **G. CASUSCELLI**, *Libertà religiosa e confessioni di minoranza (tre indicazioni operative)*, in *Studi in onore di Gaetano Catalano*, Rubbettino, Soveria Mannelli, 1998, p. 397 ss..

<sup>121</sup> Si leggano le considerazioni di **E. VITALI**, *L'evoluzione del diritto ecclesiastico*, cit., specie p. 36 s. (la rivista *Il diritto ecclesiastico*, nell'annata 2007, e nella sua parte prima, p. 45 ss., ha ospitato numerosi «Studi e opinioni sul progetto di legge sulla libertà religiosa», alcuni dei quali già apparsi sulla rivista telematica *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*); da ultimo, **M. TEDESCHI**, *Le minoranze religiose tra autonomia e immobilismo del legislatore*, in *Dir. Rel.*, 2008/2, p. 324 ss., e **B. RANDAZZO**, *Diversi ed eguali*, cit., specie p. 410 ss., per la quale la latitanza del Parlamento rappresenta un *vulnus* alla Costituzione, e propone di porvi rimedio attraverso un giudizio, affidato al giudice delle leggi, "sull'idoneità della fonte prescelta dal legislatore per regolare una determinata materia" che può condurre all'estensione generalizzata di trattamenti di favore disposti da norme pattizie fissando «la "soglia" costituzionalmente corretta di ammissione al trattamento di favore» (*ivi*, p. 421 e p. 423).

<sup>122</sup> Così il Presidente del Consiglio Craxi, nella replica al Senato del 27 gennaio 1984, ritenendo che avviarsi in quella direzione fosse "interesse di tutte le forze politiche presenti nel Parlamento".

<sup>123</sup> L'espressione è di **G. CALABRESI**, *Il dono dello spirito maligno. Gli ideali, le convinzioni, i modi di pensare nei loro rapporti col diritto*, trad. it. di C. Rodotà, Giuffrè, Milano, 1996, p. 77.



all'uso degli strumenti pattizi ed alla negoziazione in forza di una discrezionalità di natura politica - aspettative sempre più segnate dall'ampiezza e dall'intensità degli interessi ad esse propri, specie dopo l'affermazione del principio costituzionale di sussidiarietà<sup>124</sup>.

L'incondizionata "presa d'atto da parte del legislatore nazionale e regionale della rilevanza del sentimento religioso nei rapporti sociali che essi sono chiamati istituzionalmente a regolare"<sup>125</sup> ha finito per un verso con l'intendere (o il fraintendere<sup>126</sup>) la sussidiarietà quale principio che presiede all'attribuzione di competenza legislativa (anziché quale metodo della produzione normativa che ha come

---

<sup>124</sup> Ipotizza una «incidenza della sussidiarietà "orizzontale" su certi contenuti - restringendoli - del diritto di produzione bilaterale, a seguito della riforma del titolo V» **S. SICARDI**, *Questioni aperte nella disciplina del fenomeno religioso: dalla laicità al sistema delle fonti*, in *Quad. dir. pol. eccl.*, 2005/1, p. 16, il quale ritiene "ancora utile sollevare il problema del riparto tra fonti unilaterali e bilaterali della disciplina inerente al fenomeno religioso" persistendo infatti "l'esigenza di introdurre elementi di maggiore chiarezza nel sistema" (p. 19). Per un quadro generale sul tema, mi limito a rinviare alle considerazioni di **P. CONSORTI**, *Nuovi rapporti fra la Repubblica e le confessioni religiose? Sui riflessi ecclesiasticistici della riforma del Titolo V, parte seconda, della Costituzione*, in *Quad. dir. pol. eccl.*, 2003/1, p. 23 ss.; di **M. PARISI**, *Principio di sussidiarietà orizzontale ed interventismo sociale delle organizzazioni religiose: alcune note per una riflessione critica*, in *Annali dell'Università degli Studi del Molise*, 7/2005, Napoli, 2006, p. 271 ss.; di **S. DOMIANELLO**, *Le garanzie della laicità civile e della libertà religiosa nella tensione fra globalismo e federalismo*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, cit., febbraio 2007, ed agli ampi richiami bibliografici fatti dagli Autori.

<sup>125</sup> Anche questa contrattazione (che pure ha "la sua *ratio* più profonda nel riconoscimento che le confessioni religiose in quanto interpreti autentiche del sentimento religioso dei cittadini possono assolvere, attraverso il negoziato, il compito di suggeritori del legislatore), ha contribuito, con i suoi non sporadici eccessi, a mettere in crisi la tradizionale articolazione delle fonti del diritto ecclesiastico in pattizie ed unilaterali: si leggano al riguardo le considerazioni di **R. BOTTA**, *Dalla riforma*, cit., specie 108 ss..

<sup>126</sup> Di un'attuazione della sussidiarietà orizzontale "incontrollata e grossolana" ha scritto **F. ONIDA**, *A vent'anni dal Concordato. "Quale separatismo oggi?"*, in *Quad. dir. pol. eccl.*, 2004/1, specie p. 62 ss..

**N. COLAIANNI**, *La sussidiarietà tra poteri pubblici e formazioni sociali religiose*, in **AA. VV.**, *Federalismo, regionalismo e principio di sussidiarietà orizzontale*, a cura di G. Cimbalo e J. J. Alonso Pérez, Giappichelli, Torino, 2005, p. 333 ss., aveva segnalato come il principio di sussidiarietà orizzontale "rende sostanzialmente non tassativa l'enumerazione delle materie miste di competenza pattizia, previste da concordato e intese, perché inventa nuovi settori d'integrazione" (mio il grassetto). Si vedano anche le conclusioni di **M.C. FOLLIERO**, *Enti religiosi e non profit tra Welfare State e Welfare Community. La transizione*, Giappichelli, Torino, 2002, specie p. 197 ss e, da ultimo, le considerazioni di **P. FLORIS**, *Laicità e collaborazione a livello locale*, cit., p. 3, che ha sottolineato "il rapporto altalenante di tale diritto [N.d.R.: alla collaborazione] con la laicità, per arrivare a parlare del bisogno di regole e principi-guida uniformi, senza variazioni territoriali".



presupposto indefettibile la corretta individuazione dei soggetti competenti e dei limiti della loro competenza<sup>127</sup>), secondo una prospettiva che assume il principio (e le sue derive corporativistiche<sup>128</sup>) quale strumento di democrazia "diretta" perché espressione immediata (asseritamente) del rapporto tra governati e organi di Governo del territorio nel quale la disciplina è destinata a produrre ed esaurire i propri effetti.

Ed ha finito, per altro verso, con il concretizzare il rischio, da tempo segnalato, che la preferenza per i «comuni e generici strumenti di "contrattazione" o "negoiazione" legislativa», segnasse "l'erosione degli accordi stipulati in base agli articoli 7 e 8 Cost."<sup>129</sup>, una «regressione, dalla *tipicità* e *specificità* del "principio pattizio"», e dunque "il passaggio da una forma *forte* ad una forma *debole* di difesa e di valorizzazione delle diverse identità"<sup>130</sup>.

---

<sup>127</sup> Scrive, ad esempio, N. COLAIANNI, *A vent'anni dalla prima intesa. Un'analisi economica*, in *Quad. dir. pol. eccl.*, 2004/1, p. 247 s., che con l'introduzione della sussidiarietà sarebbe saltato «il criterio formale, rigido, affermandosi un criterio sostanziale, per cui tutte le materie di legislazione concorrente possono passare in materia flessibile, sulla base cioè di mutevoli valutazioni di merito, nell'esercizio del privato e, quindi, delle formazioni religiose; di guisa che la sussidiarietà, lasciandone inalterata la titolarità pubblica, non rende quelle materie "miste" e, quindi, non determina il transito formale e stabile delle stesse nell'ambito dei rapporti regolati bilateralmente». Si sarebbe, dunque, al cospetto di una violazione di fatto dei vincoli costituzionali che discendono dal principio di bilateralità pattizia (ex art. 7, secondo comma, e 8, terzo comma), a meno di non asserire che il principio di sussidiarietà abbia (in campi ed in misura da determinare ed argomentare) forza derogatoria del principio di bilateralità, che pure è elemento costitutivo dello stesso principio supremo di laicità.

<sup>128</sup> «Anche la vicenda italiana delle confessioni religiose e dei loro rapporti con lo Stato, con la difesa di regimi di favore limitati ad alcune confessioni, lascia trasparire quelle dinamiche di "corporativismo" che connotano più in generale nel profondo la struttura di questo paese, e che potrebbero trovare proprio nel principio di sussidiarietà orizzontale, nelle sue derive, un valido supporto»: così B. RANDAZZO, *Diversi ed eguali*, cit., p. 10.

<sup>129</sup> Cfr. P. FLORIS, *Laicità e collaborazione a livello locale*, cit., p. 4.

<sup>130</sup> Vedi, S. BERLINGÒ, "Principio pattizio" e riforma costituzionale, in *Studi in onore di Gaetano Catalano*, t. I, Rubbettino, Soveria Mannelli, 1998, p. 176 s..

In questo senso mi sembra possa leggersi l'affermazione di C. CARDIA, *Materie indisponibili e articolazioni federali: la dimensione religiosa*, relazione al convegno *Sistema delle autonomie e dimensione istituzionale e sociale della religione*, svoltosi a Roma, presso la sede del C.N.R., il 12 dicembre 2005, che gli accordi apicali contemplati dalla Carta risulterebbero destinati a predisporre soltanto "una base minima di regolazione delle relazioni ecclesiastiche" (riprendo la citazione da P. FLORIS, *Laicità e collaborazione a livello locale*, cit., p. 4, nt. 8); ma si veda anche V. TOZZI, *Riforme costituzionali e superamento degli accordi con le confessioni religiose*, in *Quad. dir. pol. eccl.*, 2005/1, p. 245 ss..



Ne è risultata così pretermessa una delle funzioni primarie del diritto ecclesiastico costituzionalmente orientato, quella di essere una *legislatio libertatis*<sup>131</sup>, posta a garanzia degli interessi della persona in materia di fede e di convinzione, sia nel nucleo forte e primario degli interessi ascrivibili al novero dei diritti inviolabili, non soggetti ad alcun bilanciamento, sia di quelli che costituiscono l'oggetto di tutela attraverso lo schermo delle situazioni giuridiche soggettive la cui garanzia si confronta e si misura con la tutela di altri interessi e altri diritti pari ordinati. Ed è risultata incoraggiata la persistenza di "serie disarmonie, tra territorio e territorio, nella tutela della pari dignità dei culti e della libertà religiosa, anche nei suoi aspetti più elementari e di base".<sup>132</sup>

Anche i "silenzii normativi" (imputabili vuoi al legislatore vuoi al Governo) appaiono non casuali: che si tratti di discipline pattizie o del loro adeguamento<sup>133</sup>, di derivazione pattizia in senso stretto<sup>134</sup>, unilaterali "pure"<sup>135</sup>, o di attuazione concordataria diretta<sup>136</sup>, ovvero

---

<sup>131</sup> Accanto, ad esempio, alla funzione (equiordinata) di rappresentare lo specifico presidio della sovranità dello Stato, operante nella quotidiana esperienza giuridica, chiamato a rendere congrua e coerente sul piano normativo ed effettuale sul piano dell'attuazione (spontanea o non) del diritto l'indipendenza dell'ordine dello Stato dall'ordine di ogni altro ordinamento a base religiosa, ossia in nucleo duro della sua laicità.

<sup>132</sup> Cfr. **P. FLORIS**, *Laicità e collaborazione a livello locale*, cit., p. 11.

<sup>133</sup> Mi riferisco al mancato adeguamento dell'Accordo del 1984, come pure degli accordi di attuazione e delle leggi di approvazione delle intese, al principio supremo di laicità affermato dalla Corte costituzionale (sent. n. 203 del 1989) ed ai riflessi del principio individuati nelle successive pronunce, che avrebbero necessitato di un'adeguata e conforme riscrittura, di un "seguito" legislativo (in senso lato); penso altresì al mancato avvio di trattative con le comunità islamiche, seconda "confessione" per numero di fedeli, in vista della stipula di una o più intese (da ultimo, sul tema, **N. COLAIANNI**, *L'ente di culto e gli statuti nell'islam*, nel volume a cura di A. Ferrari, *Islam in Europa / Islam in Italia tra diritto e società*, il Mulino, Bologna, 2008, p. 259 ss., e **G. CASUSCELLI**, *La rappresentanza e l'intesa*, ivi, p. 285 ss).

<sup>134</sup> Mi riferisco alle leggi di approvazione delle intese "in lista di attesa" con la Chiesa Apostolica in Italia, con la Chiesa di Gesù Cristo dei Santi degli Ultimi Giorni, con la Congregazione cristiana dei testimoni di Geova, con la Sacra arcidiocesi Ortodossa d'Italia ed Esarcato per l'Europa Meridionale, con l'Unione Buddhista Italiana, con l'Unione Induista Italiana (tutte stipulate il 4 aprile 2007).

<sup>135</sup> Mi riferisco: alla legge di attuazione dell'art. 19 Cost.; alla mancata determinazione dei "principi fondamentali", riservata alla legislazione dello Stato (art. 117, terzo comma, Cost.), per le materie di legislazione concorrente per le quali la potestà legislativa spetta alle Regioni (principi fondamentali che sono cosa diversa dagli "indirizzi" di cui all'art. 8 dell'Intesa tra il Ministro per i beni e le attività culturali ed il Presidente della Conferenza episcopale italiana, resa esecutiva con DPR 4 febbraio 2005 n. 78, ove si afferma che "entro i limiti fissati in materia dalla Costituzione della Repubblica e dai principi della legislazione statale, le presenti



indiretta<sup>137</sup>, i vuoti ritardano oltre misura l'abrogazione di discipline obsolete, alimentano l'incertezza e consentono il perdurante richiamo

---

disposizioni costituiscono indirizzi per le eventuali intese stipulate tra le regioni o le province autonome di Trento e di Bolzano e gli enti ecclesiastici ..."; al mancato seguito legislativo in relazione alle sentenze della Corte costituzionale che hanno dichiarato l'illegittimità costituzionale delle norme delle leggi regionali in tema di edilizia di culto che legavano finanziamenti ed agevolazioni in favore delle confessioni religiose diverse dalla cattolica alla regolamentazione dei loro rapporti con lo Stato per mezzo di intese, con una formula che si è anzi estesa alla legislazione sia statale sia regionale; ed ancora mi riferisco alla mancata inclusione delle confessioni religiose senza intesa nell'elenco delle istituzioni ammesse al finanziamento pubblico attraverso il meccanismo del cinque per mille (non preoccuparsene significa - come ha puntualmente osservato **F. MARGIOTTA BROGLIO**, *Aspetti della politica religiosa degli ultimi quindici anni*, cit., p. 10 - "violare sia il principio costituzionale di uguaglianza, sia l'uguale libertà delle confessioni, sia la normativa comunitaria contro la discriminazione razziale/religiosa").

Occorre ricordare, a quest'ultimo riguardo, che la Camera dei deputati aveva "approvato l'ordine del giorno n. 9/2337/3, inteso a garantire il pluralismo che informa l'ordinamento giuridico italiano" (art. 2.1 DPR n. 409 del 1993) con il quale impegnava "il Governo a prendere tutte le iniziative - sia attivando i rapporti previsti dall'articolo 8, sia attraverso iniziative legislative rivolte a risolvere il problema in linea generale attraverso norme di diritto comune - per porre rimedio a tale disparità", ossia a quelle create con il finanziamento pubblico in favore della Chiesa cattolica. L'ordine del giorno - il cui testo può leggersi per esteso in **S. BERLINGÒ, G. CASUSCELLI**, *Codice del diritto ecclesiastico*, 5<sup>a</sup> ed., cit., p. 728 - è espressamente richiamato dall'art. 2 della l. 5 ottobre 1993 n. 409 (*"Integrazione dell'intesa tra il Governo della Repubblica italiana e la Tavola valdese, in attuazione dell'articolo 8, terzo comma, della Costituzione"*).

<sup>136</sup> Mi riferisco alla nuova "legge matrimoniale" per l'attuazione dell'art. 8 dell'Accordo del 1984, la cui mancanza ha di nuovo determinato la formazione di un sistema giurisprudenziale (il coordinamento tra la nuova e innovativa disciplina pattizia e la legge n. 847 del 1929 era stato attuato per mezzo di una circolare del Ministero di Grazia e giustizia); ed ancora alle leggi per la disciplina dello stato giuridico, dell'organico e delle modalità dell'assistenza spirituale (stabiliti d'intesa tra le autorità italiane ed ecclesiastiche), come prevede l'art. 11.2: questi punti dell'Accordo non hanno ancora trovato piena attuazione, come ricorda **A. NICORA**, *La Chiesa cattolica e l'attuazione dell'Accordo del 1984*, nel volume *Dall'accordo del 1984 al disegno di legge sulla libertà religiosa*, cit., p. 166 s..

<sup>137</sup> Mi riferisco alla disponibilità della Santa Sede "ad esaminare col Governo italiano questioni riguardanti le attività in Italia dell'Istituto per le Opere di religione" affermata nella nota del Consiglio per gli affari pubblici della Chiesa del 15 novembre 1984, indirizzata al Presidente del Consiglio dei Ministri (che si può leggere in **S. BERLINGÒ, G. CASUSCELLI**, *Codice del diritto ecclesiastico*, 5<sup>a</sup> ed., cit., p. 553).

Il mancato adeguamento delle attività dello IOR alla legislazione in materia bancaria sembra condurre alla situazione paradossale che vede l'Italia non negoziare per sé e negoziare per conto della Comunità europea. Infatti la Decisione 26 novembre 2009, n. 2009/895/CE, *Posizione della Comunità europea per quanto concerne la rinegoziazione della convenzione monetaria con lo Stato della Città del Vaticano*, ha stabilito che la Repubblica italiana (che, per conto della Comunità, ha concluso il 29 dicembre



giurisprudenziale a principi e regole superati (dal principio supremo di laicità, e dai suoi riflessi), impediscono il formarsi di quel diritto comune che dovrebbe rappresentare il parametro della legittimità costituzionale di ogni disciplina differenziata, e consentono il permanere (di diritto o di fatto) di trattamenti di favore per la Chiesa cattolica, che postergano *sine die* l'attuazione costituzionale in delicati, nodali settori.

I vuoti normativi dilatano la discrezionalità della pubblica amministrazione<sup>138</sup>, che riempie gli spazi a mezzo di provvedimenti ispirati a scelte politiche contingenti, talora in aperta violazione del principio di imparzialità che la governa, e dei principi di neutralità e di equidistanza, fulcro della laicità democratica; rappresentano una violazione della responsabilità dello Stato (anche in quanto legislatore) di proteggere le minoranze<sup>139</sup> (ricavabile dall'art. 5 Cost., per la sua portata generale, ed ora normata dal quarto comma dell'art. 119 Cost. novellato), individuando in via previa, e nel rispetto del principio di uguaglianza, tempi, modalità, procedure, limiti degli interventi promozionali in favore di quelle libertà, nel quadro della "laicità positiva"; in taluni casi possono persino comportare violazioni strutturali dei diritti umani connessi all'esercizio delle libertà di religione, ed in particolare alla libertà di esercitare il culto<sup>140</sup>.

---

2000 una convenzione monetaria con lo Stato della Città del Vaticano) notificati allo Stato della Città del Vaticano la necessità di modificarla quanto prima, precisando, tra l'altro, che: "In sede di rinegoziazione della convenzione con lo Stato della Città del Vaticano, la Comunità persegue le seguenti modifiche: (omissis) b) lo Stato della Città del Vaticano s'impegna ad adottare le opportune misure, mediante la trasposizione diretta o eventuali azioni equivalenti, per applicare tutta la normativa comunitaria pertinente in materia di prevenzione del riciclaggio di capitali illeciti, prevenzione della frode e contraffazione di mezzi di pagamento in contanti e diversi dai contanti (omissis)" (il testo della decisione può leggersi in *olir.it*).

<sup>138</sup> Scrive al riguardo **S. FERRARI**, *Le questioni normative*, nel volume a cura di A. Ferrari, *Islam in Europa / Islam in Italia*, cit., p. 78, che è "il ritardo accumulato negli ultimi 10-15 anni dal nostro sistema giuridico che mantiene in un'area di incertezza ed eccessiva discrezionalità il meccanismo di riconoscimento delle confessioni o la procedura per la stipulazione delle intese; che impedisce di estendere ad una platea più ampia di comunità religiose la deducibilità dalle imposte delle donazioni, accorciando la distanza - che si è fatta troppo grande - tra confessioni con e senza intesa".

<sup>139</sup> Rinvio a quanto scrivevo nella voce *Uguaglianza e fattore religioso*, ora in **S. BERLINGÒ, G. CASUSCELLI, S. DOMIANELLO**, *Le fonti e i principi del diritto ecclesiastico*, Utet, Torino, 2000, p. 12 s..

<sup>140</sup> Basti pensare al tema dell'assistenza spirituale negli istituti di detenzione e di pena, che non può essere prestata ai (numerosi) appartenenti alle comunità islamiche in mancanza di una previsione normativa che stabilisca chi all'interno delle stesse svolga un compito assimilabile a quello del "ministro di culto" abilitato ad accedere a



## 10 – L’oscurità e l’incompletezza delle norme sulla produzione giuridica oggi in vigore

Certo, non può essere trascurato il dato che il diritto ecclesiastico oggettivo, a dispetto delle sue peculiarità, non ha norme sulla produzione giuridica a livello apicale di cui possa affermarsi la chiarezza del dettato e la completezza dei contenuti.

La scheletrica, imprecisa formulazione del secondo comma dell’art. 7 e del terzo comma dell’art. 8 della Carta non lascia adito a dubbi sulla fondatezza dell’asserto<sup>141</sup>: nulla si dice sui profili procedurali, in ordine all’iniziativa nell’avvio delle trattative, alle modalità di svolgimento, al coinvolgimento del Parlamento, all’approvazione dell’accordo, alla presentazione alle Camere del disegno di legge di esecuzione/approvazione. Eppure, ognuno degli aspetti menzionati coinvolge problemi che - come già asseriva Paolo Barile nel 1973 - “dovrebbero essere sviluppati ... allo scopo di dar loro una soluzione nelle stesse disposizioni costituzionali”<sup>142</sup>.

Nulla, ancora, si dice sui profili contenutistici, sulle materie cioè per la cui disciplina vi è una riserva assoluta di accordo<sup>143</sup>: è tutto ciò

---

quelle strutture (ai sensi degli artt. 5, 6 e 7 r.d. n. 289 del 1930, dell’art. 26 l. 26 luglio 1975 n. 354): l’art. 58 del DPR 30 giugno 2000 n. 230 (*Regolamento recante norme sull’ordinamento penitenziario e sulle misure privative e limitative della libertà*) prevede che la direzione dell’istituto si avvalga dei ministri di confessioni “con intesa” o di quelli “indicati a tal fine dal Ministero dell’interno”, che appartengano, cioè, alle confessioni “riconosciute” ai sensi legge n. 1159 del 1929; al di fuori di questi casi egli “può comunque [non deve] fare ricorso ... a quanto disposto dall’articolo 17, secondo comma, della legge [26 luglio 1975 n. 354]” che prevede rigidi e complessi filtri autorizzativi. Ammette, infatti, “a frequentare gli istituti penitenziari con l’autorizzazione e secondo le direttive del magistrato di sorveglianza, su parere favorevole del direttore, tutti coloro che avendo concreto interesse per l’opera di risocializzazione dei detenuti dimostrino di potere utilmente promuovere lo sviluppo dei contatti tra la comunità carceraria e la società libera”.

<sup>141</sup> Di “disposti costituzionali ... molto lacunosi”, proprio per questi aspetti procedurali, ha scritto **S. BERLINGÒ**, voce *Fonti del diritto ecclesiastico*, cit., p. 33 dell’estratto.

<sup>142</sup> Cfr. **P. BARILE**, *Considerazioni conclusive sulla proposta Basso alla luce delle risultanze del dibattito*, nel volume collettaneo *Individuo, gruppi, confessioni religiose nello Stato democratico*, Atti del Convegno nazionale di Diritto ecclesiastico (Siena, 30 novembre-2 dicembre 1972), Giuffrè, Milano, 1973, p. 1342.

<sup>143</sup> Sempre diffusa è la tesi che non esisterebbe «uno “spazio di confine” netto e costante tra ordine temporale e ordine spirituale: in proposito si è parlato giustamente di mobili frontiere fra Stato e Chiesa, rendendo non tassativa l’enumerazione delle *res mixtae*»: così, da ultimo, **F. FRENI**, *Soft law*, cit. p. 17 s..



malgrado che la previsione costituzionale delle fonti regolatrici dei rapporti dello Stato con le confessioni costituisse un'assoluta novità (già sul piano terminologico) e che il terzo comma dell'art. 8 configurasse una riserva di legge, in ordine alla quale può discutersi se deve ritenersi assoluta o relativa, che ne rimette la disciplina alle sole fonti primarie.

Un esempio della gravità delle anzidette lacune è evidenziato dalla circostanza - resa nota soltanto da poco<sup>144</sup> seppure di grande rilievo - che il 28 febbraio 2007 la Giunta per il Regolamento della Camera dei Deputati si è espressa in modo favorevole "[s]ull'ammissibilità dell'iniziativa legislativa parlamentare riguardo ai progetti di legge di regolazione dei rapporti tra Stato e confessioni religiose". Una mera delibera di giunta, dunque, ha integrato il dettato del terzo comma dell'art. 8 Cost., travolto la prassi e le prerogative del Governo, sconfessato un indirizzo dottrinale maggioritario, se non unanime, ed ha di fatto confutato senza appello la tesi che persevera nel qualificare l'intesa come mero atto politico<sup>145</sup>.

E nulla ha aggiunto l'art. 117 della Carta, nel testo novellato, laddove afferma, al secondo comma, lettera c), che lo Stato ha legislazione esclusiva in materia di rapporti tra le Repubblica e le confessioni religiose: disposto questo che, se possibile, aumenta la confusione esistente vuoi perché stabilisce una linea divisoria delle competenze legislative tutt'altro che chiara e univoca, vuoi per l'uso simultaneo del termine "Stato" per individuare il soggetto competente ad esercitare la potestà legislativa e del termine "Repubblica" (che, ai sensi dell'art. 114 della Carta, nel testo novellato, è costituita dai Comuni, dalle Province, dalle Città metropolitane, dalle Regioni e dallo Stato) per indicare il soggetto parte della regolamentazione pattizia con le confessioni religiose, a dispetto della loro indiscussa diversità<sup>146</sup>.

---

<sup>144</sup> Cfr. **J. PASQUALI CERIOLI**, *Il progetto di legge parlamentare di approvazione delle intese con le confessioni diverse dalla cattolica: nuovi orientamenti e interessanti prospettive*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, cit., marzo 2010.

<sup>145</sup> Un rilevante integrazione procedurale agli artt. 7 e 8 Cost. era già stata apportata a mezzo di una fonte (interna, secondaria ed *extra ordinem*), ossia dal d.p.c.m. 10 ottobre 1976, «istitutivo della commissione che avrebbe trattato con la Santa Sede la revisione pattizia: l'art. 3 sanciva per il Governo l'obbligo di comunicare alle camere i risultati raggiunti in sede di trattativa "prima della stipulazione di un accordo"» (v. **G. CASUSCELLI, S. DOMIANELLO**, *Intese con le confessioni religiose diverse dalla cattolica*, in *Le fonti e i principi del diritto ecclesiastico*, UTET, Torino, 2000, p. 50 s.).

<sup>146</sup> Si vedano al riguardo le osservazioni di **P. CONSORTI**, *Nuovi rapporti fra la Repubblica e le confessioni religiose? Sui riflessi ecclesiasticistici della riforma del Titolo V, parte seconda, della Costituzione*, in *Quad. dir. pol. eccl.*, 2003/1, p. 13 ss., e di **G. PASTORI**, *Regioni e confessioni religiose nel nuovo ordinamento costituzionale*, ivi, p. 3 ss..



Né precisione e chiarezza si rinvergono nelle “scarne previsioni” della legge n. 400 del 1988<sup>147</sup>, che ha dettato la disciplina dell’attività di Governo e l’ordinamento della Presidenza del Consiglio dei Ministri, e ha sottoposto, con individuazione tassativa, alla deliberazione del Consiglio dei ministri gli atti concernenti i rapporti tra lo Stato e la Chiesa cattolica di cui all’art. 7 della Costituzione e i rapporti previsti (secondo la pudica formulazione) dall’art. 8 della Costituzione (all’art. 2, n. 3, lettere i) e l), ma che “non ha precisato tuttavia gli specifici compiti del Presidente del Consiglio e del Segretariato generale della Presidenza al riguardo”<sup>148</sup>.

Del resto, già le occasioni offerte dalla revisione concordataria e dalla prima attuazione del terzo comma dell’art. 8 al fine di formulare qualche regola procedurale e/o sostanziale che valesse a rendere certe e

---

Un’efficace sintesi delle “impostazioni volte variamente a costruire forme di compartecipazione regionale alla disciplina in tema di fenomeno religioso”, che circoscrivono in diversa misura l’esclusività della riserva in favore dello Stato, si trova in **S. SICARDI**, *Questioni aperte*, cit., specie p. 27 ss..

<sup>147</sup> Vedi **S. BERLINGÒ**, voce *Fonti del diritto ecclesiastico*, cit., p. 33 dell’estratto.

<sup>148</sup> Come nota puntualmente **G. PASTORI**, *La riforma della Presidenza del Consiglio dei Ministri e le competenze in materia di rapporti con le confessioni religiose*, nel volume collettaneo *Dall’accordo del 1984 al disegno di legge sulla libertà religiosa*, cit., p. 15, il quale soggiunge che la cosa “non ha impedito peraltro che, nell’ambito delle prerogative generali di direzione e coordinamento della politica del Governo, venisse stabilmente assunto dal Presidente e dagli uffici della Presidenza un ruolo di preparazione, promozione e impulso delle iniziative in materia: ruolo svolto anche attraverso gli appositi organismi collegiali costituiti via via nel tempo con compiti istruttori e consultivi”.

Ad avviso dell’A. il d.lgs. n. 300 all’art. 14, stabilendo (al secondo comma, lett. d) che fra le attribuzioni del Ministero rientri anche “la tutela dei diritti civili, ivi compresi quelli delle confessioni religiose”, avrebbe configurato la competenza del Ministero dell’Interno in termini diversi e complementari rispetto a quanto sancito per la Presidenza del Consiglio, poiché con quella formula “le attribuzioni dell’Interno sembrano infatti riferirsi all’attuazione amministrativa delle norme che definiscono i diritti e gli spazi di libertà e di autonomia delle confessioni religiose e ad assicurare l’osservanza delle norme stesse. Mentre spettano alla Presidenza le attribuzioni in ordine alle politiche e agli indirizzi generali concernenti la elaborazione delle leggi e degli atti pattizi in materia, come ogni altra iniziativa e decisione che possa aver rilievo e portata generale da tale punto di vista”. L’avviso non è del tutto convincente, proprio perché da una formulazione ritenuta generica si traggono indicazioni specifiche, che sovvertono il quadro legislativamente normato delle competenze ministeriali. Tuttavia, anche nella prospettiva accolta dall’A., resterebbe fuori dal quadro normativo anzidetto l’istituzione della “Commissione consultiva per la libertà religiosa con compiti consultivi per tutte le questioni attinenti all’attuazione dei principi della Costituzione e delle leggi in materia di libertà di coscienza, di religione o credenza”, che avrebbe dovuto trovare una corretta collocazione presso il Ministero dell’interno.



chiare le succinte regole enunciate dalla Carta, non erano state colte. Anzi, le norme bilateralmente convenute avevano finito con l'accrescere la confusione procedimentale e sostanziale in materia di produzione di fonti.

Valga l'esempio dell'art. 7.6 dell'Accordo del 1984 che dà mandato ad una istituenda Commissione paritetica

“per la formulazione delle norme da sottoporre alla loro approvazione ... per la revisione degli impegni finanziari dello Stato italiano e degli interventi del medesimo nella gestione patrimoniale degli enti ecclesiastici”.

Solo scorrendo le disposizioni dell'articolo in questione, appare evidente che per quest'ultimo punto si è conferita una delega “in bianco”: infatti, benché non si trattasse di elaborare una disciplina tecnica, di dettaglio finalizzata alla puntuale applicazione di una norma pattizia, non sono stati determinati i principi ed i criteri direttivi cui la Commissione avrebbe dovuto attenersi nel predisporre una disciplina potenzialmente innovativa sotto il profilo strutturale, specie nel campo del finanziamento pubblico, e non ne è stato specificato l'oggetto, delimitandolo.

L'assenza di principi e di criteri direttivi è confermata da chi ha dato atto, con l'autorevolezza che gli deriva anche dall'aver fatto parte della Commissione paritetica, che al riguardo della materia erano intervenuti

“mutamenti di orientamento (...) nei corsi delle trattative: i negoziatori hanno oscillato tra l'opzione per il mantenimento del regime precedente e il tentativo di innovare profondamente la disciplina ...”<sup>149</sup>.

I negoziatori, dunque, non hanno dato alcuna indicazione perché, a quel momento, non erano in grado di darne; di modo che non

---

<sup>149</sup> Cfr. G. FELICIANI, *Prefazione* al volume a cura di I. Bolgiani, *Enti di culto e finanziamento delle confessioni religiose*, il Mulino, Bologna, 2007, p. 7 s..

È toccato, dunque, alla Commissione predisporre la *Relazione sui principi* ispiratori (il cui testo, in data 6 luglio 1984, può leggersi in *Quad. dir. pol. eccl.*, 1984, p. 314 ss.), avendo seguito a tal fine, come si legge nella relazione stessa, “un indirizzo sostanzialmente innovativo, adeguato alle recenti dinamiche dei rapporti tra strutture ecclesiastiche e società civile” (*ivi*, p. 316), ed una prospettiva per la quale “non poteva non operare, in piena consapevolezza, scelte profondamente innovatrici che possono attuare una vera, radicale svolta in uno dei settori più delicati dell'intero assetto delle relazioni tra Stato italiano e Chiesa cattolica ...” (*ivi*, p. 327).



può neanche ritenersi che fosse possibile per i “delegati” risalire a principi e criteri rimasti inespressi.

Tuttavia, che un’indicazione (formulata in una disposizione di delega che fungesse da norma “interposta”) fosse ed apparisse necessaria, lo si evince persino dal Protocollo del 15 novembre 1984 che approva le norme formulate dalla Commissione paritetica<sup>150</sup>, nel cui preambolo, al quarto comma, si legge che quelle norme sarebbero “rispondenti ai principi ed ai criteri enunciati [N.d.R.: non nell’art. 7, ma] nel preambolo dell’Accordo del 18 febbraio 1984”<sup>151</sup>: affermazione non veritiera, perché quest’ultimo preambolo non enuncia alcun criterio, né di portata generale né per lo specifico settore, e contiene, quanto ai principi, soltanto un richiamo generico da parte dello Stato de “i principi sanciti nella sua Costituzione” e, da parte della Chiesa” de “le dichiarazioni del Concilio Ecumenico Vaticano II circa la libertà religiosa e i rapporti fra la Chiesa e la comunità politica” che di certo non poteva essere di riferimento e guida per la Commissione.

È a tutti noto, al riguardo, il pasticcio<sup>152</sup> cui si è fatto ricorso per immettere nell’ordinamento interno le norme concordate dalla Commissione, per il qual fine si è raggiunta una vetta della confusione procedurale, che ha dato vita al “singolare rapporto” fra le due leggi n.

---

<sup>150</sup> Il Protocollo è stato ratificato (ma non ancora reso esecutivo) dalla legge n. 206 del 1985. Anche questa è un’anomalia nel sistema delle fonti, poiché di consueto autorizzazione alla ratifica e ordine di esecuzione sono simultanei: in questo caso, invece, la legge n. 206 del 1985 - benché porti la rubrica “*Ratifica ed esecuzione del protocollo, firmato a Roma il 15 novembre 1984, che approva le norme per la disciplina della materia degli enti e beni ecclesiastici formulate dalla commissione paritetica istituita dall’articolo 7, n. 6, dell’accordo, con protocollo addizionale, dei 18 febbraio 1984 che ha apportato modificazioni al concordato lateranense del 1929 tra lo Stato italiano e la Santa Sede*” - si è limitata ad autorizzare la ratifica (art. 1) ed ha disposto (art. 2) che “*Piena e intera esecuzione sarà data al protocollo di cui all’articolo precedente con le modalità e con la decorrenza di cui agli articoli 4 e 5 del protocollo stesso*”, vale a dire emanando le parti “*con gli strumenti giuridici propri dei rispettivi ordinamenti, le norme approvate in data odierna*”: non è stata dunque prevista una legge di esecuzione in senso stretto (che si limiti a dare “*piena ed intera esecuzione*” all’accordo allegato), ma una legge che (operando in modo analogo alla legge di approvazione delle intese *ex art. 8, terzo comma, Cost.*) riproduca il testo previamente approvato dalle parti.

<sup>151</sup> Si legge anche che quelle norme “rientrano nell’ambito del mandato conferito alla Commissione paritetica”, non sia sa sulla base di quali elementi testuali.

<sup>152</sup> Nella pubblicistica è diffuso il ricorso ai termini “pasticcio” e “pasticciaccio” quando si affrontano problematiche che riguardano gli enti ecclesiastici. Vi ha fatto ricorso anche la dottrina: si vedano **P. CONSORTI**, *Il pasticciaccio brutto delle ‘Onlus parziali’*, in *Quad. dir. pol. eccl.*, 2003/1, pp. 701 ss.; **M. DOGLIOTTI**, *Il «pasticcio» degli enti ecclesiastici e il destino delle IPAB*, in *Prospettive assistenziali*, n. 70, aprile-giugno 1985.



206 e n. 222 del 1985, per ricorrere all'espressione, cauta e ironica insieme, di Francesco Finocchiaro<sup>153</sup>.

L'art. 13 n. 2 dell'Accordo del 1984 introduce, poi, una fonte "non tipizzata" che affida a nuove "intese tra le competenti autorità dello Stato e la Conferenza Episcopale Italiana la regolamentazione di "ulteriori materie per le quali si manifesti l'esigenza di collaborazione tra la Chiesa cattolica e lo Stati", e che non siano regolate con "nuovi accordi tra le due Parti".

Una visione rigorosa - qualcuno potrebbe dire rigida o pedante<sup>154</sup> - del sistema delle fonti di produzione indurrebbe (ed ha indotto) a ipotizzare una violazione del disposto letterale dell'art. 7, che individua la fonte regolatrice dei rapporti nei Patti lateranensi e nelle loro modificazioni, individua le parti nella Chiesa cattolica e nello Stato in una prospettiva internazionalistica (o internazional-concordataria), non contemplando Chiesa cattolica italiana e, per essa, la Conferenza Episcopale Italiana, e che, infine, delimita l'ambito contenutistico de "i loro rapporti" nelle materie già disciplinate con gli accordi del 1929<sup>155</sup>.

Una visione più duttile, più incline a recuperare le potenzialità della "norma" che non fiscalmente attenta alla "disposizione", aperta alla funzione adeguatrice del dettato alle mutate esigenze ordinamentali<sup>156</sup>, non può fare a meno di constatarne, tuttavia, la non conformità al quadro costituzionale per più di un aspetto. È

---

<sup>153</sup> che si legge ancora in un titoletto nel suo *Diritto ecclesiastico*, 9ª ed., Zanichelli, Bologna, 2003, p. 12.

<sup>154</sup> Anche se ben più ampia è la divaricazione tra gli ecclesiasticisti dei giorni d'oggi, come è reso palese dalle considerazioni di **M. VENTURA**, *Grillo parlante o Pinocchio? Come sta nascendo il diritto ecclesiastico dell'Italia multiculturale*, in *Multireligiosità e reazione giuridica*, cit., p. 192, che non per nulla, dopo avere delineato due possibili ruoli della disciplina facendo ricorso all'immagine del grillo parlante ed a quella di Pinocchio, ritiene quest'ultimo e non il primo capace d'incidere lasciando «la realtà libera di farsi senza il peso di una narrazione che denunci e legittimi».

Di «una dottrina "pedante", che non rinuncia alla funzione di sottolineare l'esigenza di non sacrificare l'integrità dei principi sull'altare di un frettoloso pragmatismo» aveva scritto **G. SILVESTRI**, *La ridefinizione*, cit., p. 153.

<sup>155</sup> Anche **R. BOTTA**, *Dalla riforma*, cit., p. 104 dubita che "la fonte concordataria possa legittimamente istituire una nuova fonte, non prevista dalla Costituzione, capace di alterare la pienezza dei poteri normativi dello Stato ...".

<sup>156</sup> Senza, tuttavia, giungere all'eccesso di ritenere che «a livello locale la collaborazione rappresenta, poi, la faccia del nostro "Stato laico sociale"» come (a mio avviso, senza il sostegno di un'univoca base normativa) ritiene **P. FLORIS**, *Laicità e collaborazione a livello locale*, cit., p. 1, in assonanza con **C. CARDIA**, *Principi di diritto ecclesiastico. Tradizione europea legislazione italiana*, 2ª ed., Giappichelli, Torino, 2005, p. 113 ss., ed in contrasto (nell'applicazione che ne è fatta) con il pluralismo religioso e culturale, con la neutralità e l'equidistanza che contrassegnano, per la Corte costituzionale, il principio supremo di laicità.



incontestabile, infatti, la mancanza di una espressa previsione che attribuisca alle intese anzidette il rango di fonti di livello subordinato, che ne limiti il contenuto e la finalità alla attuazione di principi compiutamente espressi nell'accordo di primo livello per una materia prefissata e delimitata nell'accordo di primo livello, che imponga la conformità della disciplina ai criteri ed ai limiti in esso indicati.

Solo con la stretta osservanza delle condizioni sopra enunciate risulterebbe legittima l'immissione dell'intesa nell'ordinamento interno non con lo strumento della legge ma con quello del decreto del Presidente della Repubblica che, nell'attuale contesto, altera l'equilibrio tra i poteri dello Stato a danno del Parlamento e impedisce il sindacato-controllo che assolve (anche) una funzione generalizzata di garanzia di completa informazione e di piena trasparenza a favore della collettività.

Un ulteriore contributo alla confusione procedimentale e sostanziale è apportato sia dalle leggi in vigore per la disciplina dei rapporti tra lo Stato e le confessioni religiose diverse dalla cattolica sia dalle intese non ancora approvate. Tutte queste fonti, infatti, contengono una sorta di norma di chiusura per disporre che "in occasione di disegni di legge relativi a materie che coinvolgono rapporti" tra lo Stato ed una delle confessioni interessate saranno "promosse previamente, in conformità all'articolo 8 della Costituzione, le intese del caso". La disposizione non si riferisce alla prima regolamentazione dei rapporti con una data confessione, essendo presente in una intesa chiamata ad assolvere questo compito; né si riferisce ad ipotesi di modificazione della disciplina pattuita, perché a questo compito provvede apposita disposizione.

L'incerto tenore letterale lascia intendere che siamo nell'ipotesi di disegni di legge presentati alle camere che pur non avendo ad oggetto la regolamentazione dei rapporti con una data confessione - non potendolo avere - prevedono interferenti, in via indiretta, con le norme pattizie già in essere. Se così è, per un verso non si vede come si possa fare ricorso alle intese di cui all'art. 8, terzo comma, senza violarlo, poiché esse servono a disciplinare unicamente i rapporti tra lo Stato ed una confessione in via diretta ed immediata; per altro verso, se la procedura bilaterale da avviare non è quella delle intese vere e proprie, ma qualcosa di analogo (ad esempio, le audizioni nelle commissioni parlamentari che esaminano i disegni di legge in questione, come già avvenuto in occasione dell'esame sulle proposte di legge in materia di libertà religiosa) ci troveremo di fronte ad un modello di concertazione, di negoziazione legislativa "vincolante" in forza di una previsione concordata dal Governo che limita e condiziona l'autonomia del Parlamento.



## 11 – La necessità di una riforma di rango costituzionale per l’ordinata produzione delle fonti

Il concorso dei due fenomeni segnalati - il “concorso libero delle fonti” e la massa di norme non coerenti quanto ad ispirazione e non coordinate quanto a finalità – produce effetti distorsivi, nel nostro settore forse più che in altri, poiché finisce con il dilatare i poteri non solo dell’esecutivo ma anche (e per necessità) di quello giudiziario “in quanto aumenta i margini dell’ambiguità e lascia maggiore spazio ad interpretazioni abroganti o additive”<sup>157</sup>.

E tuttavia, molti di quanti non pongono in relazione dinamica democratica e dinamica normativa, caos delle fonti e crisi del “sistema”; di quanti non si avvedono che il linguaggio vago ed ambiguo in cui si rifugia il legislatore esige in sede giurisprudenziale una determinazione (con riguardo alla fattispecie concreta da risolvere) che solo può aversi con il ricorso ai principi, con ciò determinando la naturale espansione dei poteri decisorii dei soggetti chiamati, ai vari livelli, a *ius dicere*; molti di costoro temono l’avvento del “Governo dei custodi”, di giudici “incontrollati ed incontrollabili interpreti dei valori supremi”<sup>158</sup>; invocano (talora in modo contraddittorio<sup>159</sup>) organi giudicanti che

---

<sup>157</sup> Così, in una prospettiva generale, G. SILVESTRI, *La ridefinizione*, cit., p. 153; con specifico riferimento alla nostra disciplina si vedano, da ultimo, le osservazioni critiche di G. DALLA TORRE, *Il sistema di accordi*, cit., p. 2.

<sup>158</sup> Cfr. G. SILVESTRI, *Lo Stato senza principe*, cit., p. 4 s., che pure riconosce (in *Linguaggio della Costituzione e linguaggio giuridico: un rapporto complesso*, in *Quad. cost.*, 2/1989, p. 255) come il giudice delle leggi possa acquisire, ed abbia acquisito (ad esempio, per quanto ci riguarda, con l’individuazione della categoria dei principi supremi, e con l’enunciazione dei “riflessi” del principio di laicità) una posizione di assoluto rilievo fra gli attori istituzionali, giacché “partecipare alla precisazione (e al mutamento) del linguaggio costituzionale significa esercitare potere”.

Le ragioni idonee a dissipare il timore che la Corte costituzionale possa esercitare un potere arbitrario sono esposte convincentemente da A. RUGGERI, A. SPADARO, *Lineamenti di giustizia costituzionale*, Giappichelli, Torino 2001, p. 14 ss.

<sup>159</sup> Basti pensare al potere riconosciuto alle sezioni unite della Corte di cassazione dalla novella (del 2006) dell’art. 374 c.p.c. (più consona ai modelli anglosassoni di *common law*, che non al nostro sistema di *civil law*) che ha introdotto la regola per cui se una sezione semplice non ritiene di condividere il “principio di diritto” da quelle enunciato non può pronunciarsi, ma deve rimettere alle medesime la decisione del ricorso. È utile ricordare quanto osservava H.L.A. HART, *Il concetto di diritto*, cit., p. 159, che «in un ordinamento in cui il principio dello *stare decisis* è stabilmente riconosciuto, questa funzione dei tribunali è molto simile all’esercizio di poteri legislativi delegati da parte di un organo amministrativo. In Inghilterra spesso le forme nascondono questo fatto: infatti i tribunali spesso rifiutano di ammettere la



ritornino ad essere una mera “bocca della legge” non provvista di alcun margine di apprezzamento, e cessino di essere “bocca del diritto”<sup>160</sup>; si approfondono nella critica a quanti nel rendere giustizia compongono i contrasti, colmano le lacune, risolvono le antinomie (segnando il passaggio dal piano della “interpretazione” a quello della “integrazione”), adeguano le discipline in vigore ai cambiamenti della società ed all’evoluzione complessiva dell’ordinamento, facendo legittimo e doveroso ricorso al solo, apposito strumento che l’ordinamento offre, ossia facendo applicazione dei principi<sup>161</sup>. Un’applicazione, certo, a sua volta complessa a causa della loro frammentazione (supremi, fondamentali, generali; di diritto interno, di diritto internazionale e di diritto comunitario) e del grado di vincolatività differenziata che li assiste.

Ed al contempo molti di costoro non si dolgono del fatto che nell’attuale, sistema maggioritario - squilibrato per la mancanza dei necessari, efficaci contrappesi e della “fiducia reciproca tra le parti”<sup>162</sup>- il legislatore si sia sottratto all’impegno di disciplinare i diritti di libertà di religione<sup>163</sup>, nell’incapacità di assolvere il suo compito “per la misera

---

funzione creativa di questo tipo e sostengono che il compito proprio della interpretazione della legge e l’uso dei precedenti sono, rispettivamente, la ricerca della “intenzione del legislatore” e del diritto che esiste già».

<sup>160</sup> Sulla distinzione si veda **V. ONIDA**, *Una nuova frontiera per la Corte costituzionale: istituzione “di confine” fra diritto nazionale e sopranazionale*, nel volume collettaneo a cura di N. Zanon, *Le Corti dell’integrazione europea e la Corte costituzionale italiana*, ESI, Napoli-Roma, 2006, p. 538.

<sup>161</sup> Rinvio a **G. SILVESTRI**, *Il ruolo del giudice in un’epoca di crisi delle fonti del diritto*, nel volume collettaneo a cura di F. Palazzo, O. Roselli, *I professionisti della giustizia. La formazione degli operatori dell’amministrazione della giustizia*, ESI, Napoli, 2007, p. 25 ss.. Vero è che l’interpretazione adeguatrice non è priva di rischi: sul punto, e sul ruolo dei principi nella nostra disciplina, rinvio a quanto ho osservato da ultimo in **G. CASUSCELLI**, *La «supremazia» del principio di laicità nei percorsi giurisprudenziali: il giudice ordinario*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, cit., specie p. 13 ss..

<sup>162</sup> Ha scritto **F. BILANCIA**, *La legge e l’interesse generale*, cit., p. 1, che il modello italiano di parlamentarismo maggioritario «sconta un drammatico deficit culturale, non avendo compreso nessuno dei suoi più ostinati sostenitori che esso sta o cade, garantendo o meno stabilità ed equilibrio al sistema, a seconda che la realtà politica ad esso sottostante si fondi sulla “fiducia reciproca tra le parti”», ricordando uno scritto risalente di **A. GUARINO**, *Lo scioglimento delle assemblee parlamentari*, Jovene, Napoli, 1948, che “richiamava il *fair play* quale necessario fondamento della costituzione materiale dei sistemi maggioritari, pena la destabilizzazione politica e la conseguente crisi del regime costituzionale”.

<sup>163</sup> Come ha scritto **M. LUCIANI**, *Prime osservazioni tra costituzionalismo irenico e costituzionalismo polemico*, nel volume collettaneo *Le fonti del diritto, oggi*, Giornate di studio in onore di Alessandro Pizzorusso, Plus, Pisa, 2006, p. 95, “la decisione politica sui diritti non solo può, ma deve essere assunta”, poiché “una comunità politica ... non può scaricare sul circuito della giurisdizione il fardello della soluzione dei problemi”.



sorte in cui versa il procedimento di formazione delle leggi all'interno del Parlamento". In un Parlamento in cui "le leggi sono decise ma non giustificate, essendo legittimate soltanto dalla forza dei numeri ma approvate senza discussione e prive di consenso"<sup>164</sup>; un Parlamento in cui i fini-valori della Carta e gli stessi principi (anche supremi) dell'ordinamento costituzionale in materia di religione non trovano adeguata realizzazione<sup>165</sup>, quando non sono fatti oggetto di tentativi di palese violazione (penso alle proposte di legge su abbigliamento ed edifici di culto, definite "un coacervo di incostituzionalità"<sup>166</sup>.

L'incompiutezza del progetto di pluralismo confessionale delineato dalla Carta sui pilastri dei valori di libertà, di uguaglianza (formale e sostanziale), di tutela delle minoranze, di distinzione degli ordini, di inviolabilità dei diritti umani non può essere imputata alla Costituzione, della quale si riconosce la permanente validità del disegno originario quanto meno nella sua prima parte.

Sono, invece, dell'avviso che una delle cause dell'incompiutezza risieda nella lacunosa disciplina delle fonti sulla produzione. Dubito, però, a meno di negare in radice ogni criterio gerarchico, che il "colpo d'ala" che impedirà al sistema delle fonti di degradare sia affidato per un verso alla futura legge generale sulla libertà religiosa<sup>167</sup>, e per altro verso ad un «quadro di auspici di "interventi centrali di coordinamento, tutti con funzioni lato sensu livellanti»<sup>168</sup>. La

---

Sotto altro angolo visuale, ha avvertito il rischio di una sorta di "colonialismo giurisdizionale" nella protezione dei diritti fondamentali **M. CARTABIA**, *L'ora dei diritti fondamentali nell'Unione Europea*, nel volume collettaneo *I diritti in azione. Universalità e pluralismo dei diritti fondamentali nelle Corti europee*, il Mulino, Bologna, 2007, p. 57 ss..

<sup>164</sup> Cfr. **G. AZZARITI**, *Principio di legalità*, cit., p. 5. Come sottolinea **F. BILANCIA**, *La legge e l'interesse generale*, cit., p. 2, si tratta di un nuovo tipo di legge, la "legge governativa", "spesso addirittura approvata malgrado la forza del numero mediante la pressione della questione di fiducia, che canonizza nella veste formale di un atto del Parlamento interessi di parte ...".

<sup>165</sup> Come ha scritto **G. SILVESTRI**, *Lo Stato senza principe*, cit., p. 4 s., la ricorrente preoccupazione dell'avvento del "Governo dei custodi", incontrollati ed incontrollabili interpreti dei valori supremi, dovrebbe essere fugata dalla "indispensabile complementarietà tra sovranità dei valori e pluralità dei centri di potere e dei canali istituzionali attraverso i quali i valori stessi assumono la veste giuridica di principi e trovano concretizzazione".

<sup>166</sup> Cfr. **N. MARCHEI**, *Gli edifici dei "culti ammessi": una proposta di legge coacervo di incostituzionalità*, in *Quad. dir. pol. eccl.*, 2010/1, p. 107 ss..

<sup>167</sup> L'immagine e la conclusione sono di **R. BOTTA**, *Dalla riforma*, cit., p. 113; in senso conforme, con giuste cautele, **P. FLORIS**, *Laicità e collaborazione a livello locale*, cit., specie p. 17 ss..

<sup>168</sup> Così **P. FLORIS**, *Laicità e collaborazione a livello locale*, cit., p. 18, che però non può fare a meno di manifestare "la consapevolezza che non basta rinviare ad un intervento



ripartizione delle competenze a produrre norme in materia ecclesiastica tra i diversi soggetti legittimati dalla Costituzione mi sembra necessiti (specie dopo la novella del titolo V della Costituzione) di una apposita, aggiornata disciplina di rango costituzionale. In caso contrario le scelte politiche della maggioranza di Governo continueranno a determinare i soggetti che sono legittimati "di fatto" a farlo, ed a prescegliere i tipi di fonte più acconci alle esigenze del momento, perché le forze di Governo ed i soggetti avvantaggiati dalla normazione offrono la necessaria copertura e/o prestano interessata o opportunistica acquiescenza.

La "sistemazione" delle fonti non è più un compito che lo studioso possa assolvere in modo adeguato ed efficace. Lo svolgimento del progetto costituzionale, per un verso, e il superamento dell'estrema laconicità delle previsioni della Carta in materia di fonti produzione (come pure della ristrettezza dei tipi normativi in essa contemplati) chiamano la politica alle sue responsabilità, a scelte trasparenti, volte ad una ridefinizione del "progetto" al luce dei principi supremi dell'ordinamento costituzionale e ad una risistemazione delle fonti che incanali «"la forza normativa del fatto" (...) in una vera e propria revisione della Costituzione»<sup>169</sup>. Si è scritto, infatti, che

"solo politica può essere la scelta di attribuire agli organi esecutivi la competenza a declinare, dispiegare le norme primarie per attuarle in via amministrativa attraverso atti normativi secondari. Solo politica può essere la scelta di attribuire agli organi giudiziari ordinari, perché dotati, oltre che di adeguata preparazione tecnica, di indipendenza e collocati in posizione di terzietà, la competenza ad attuare attraverso sentenze le norme primarie, senza mediazioni ulteriori, trattandosi di norme riconosciute di diritti. Così come politica è la scelta di attuare le norme primarie, declinate e specificate con atti normativi posti in essere da organi dell'esecutivo, della pubblica amministrazione, attraverso provvedimenti amministrativi in quanto volti a perseguire, mediando tra vari interessi pubblici canonizzati, quello che è nella specie prevalente"<sup>170</sup>.

Se è vero che il modello di atto-legge non può più avere il privilegio dell'unicità, e se per converso è vero che non possono essere disattese le istanze della delegificazione, è illusoria consolazione che il sistema si autoregolamenti, e possa per questa via pervenire ad uno

---

nazionale; e questo perché la realtà ci offre esempi d'interventi centrali semplicemente ripetitivi di scelte o umori lievitati in sede periferica".

<sup>169</sup> Vedi **G. SILVESTRI**, *La ridefinizione*, cit., p. 154.

<sup>170</sup> Cfr. **G. FERRARA**, *Sulle fonti del diritto. Qualche premessa*, in *www.constituzionalismo.it*, maggio 2006, p. 8.



spontaneo equilibrio tra i poteri, ad una corretta delimitazione dell'operatività dello strumento pattizio, ad una puntuale riparto delle competenze tra lo stato e le regioni, alla scelta non arbitraria dei "tipi" normativi ed alla eliminazione dei procedimenti anomali per la loro formazione.

Solo un intervento razionalizzatore e riformatore del sistema delle fonti, potrà creare, a livello costituzionale, "le condizioni (...) di una nuova e più efficiente tassatività"<sup>171</sup>, e specificare le regole e le procedure che la governano - segnando il formale superamento dell'attuale numero chiuso (che tale è, da tempo, sono in qualche manuale) - al fine di garantire speditezza e semplificazione non tanto e non solo dell'azione di Governo, quanto del processo di invero della Costituzione, per accelerare il processo di transizione avviato nel 1984 e ben presto incagliato nel guado del post-confessionismo<sup>172</sup>.

Una delle possibili cause della paventata crisi della superiore legalità costituzionale è parso possa essere individuata, in generale,

"nella scarsa attenzione (o, forse, nell'approccio eccessivamente disinvolto) che, giurisprudenza e dottrina, mostrano di avere nei confronti ... [dello] statuto teorico delle regole che presiedono alla produzione del diritto"<sup>173</sup>.

Movendo da questa prospettiva, potrà dunque sembrare il mio un approccio al problema utopico, specie alla luce del quadro politico odierno (ma tale era anche, nei primi anni settanta del secolo passato, quella di ritenere il primo comma dell'art. 8 Cost. "la norma fondamentale del diritto ecclesiastico italiano" o di prospettare l'esistenza di un "principio implicito" di laicità nella Costituzione); eppure, ciò malgrado, sono convinto che la pre-condizione di un riformismo orientato al compito impegnativo dell'ordinata, puntuale attuazione dei fini-valori della Carta e della ricostruzione sistematica "per principi" del diritto oggettivo ecclesiastico comporti oggi di individuare in una fonte sovra-ordinata l'appropriato "luogo" delle fonti sulla produzione del diritto ecclesiastico<sup>174</sup>.

---

<sup>171</sup> Vedi **G. SILVESTRI**, *La ridefinizione*, cit., p. 157.

<sup>172</sup> Per ulteriori svolgimenti rinvio a **G. CASUSCELLI**, *Dal pluralismo confessionale alla multireligiosità*, cit., p. 61 ss..

<sup>173</sup> Cfr. **F. BILANCIA**, *La legge e l'interesse generale*, cit., p. 2.

<sup>174</sup> Mi sembra questo, in sostanza, il fattore primario "volto a sottrarre la produzione del diritto all'arbitrio, alla mera volontà del detentore del potere politico occasionale" di cui parla **G. FERRARA**, *Sulle fonti del diritto*, cit., p. 4., il cui nome è "costituzionalismo".



Solo perseverando nell'impegno e nel rigore, a mio avviso, potremo coltivare la speranza che, per la galassia di fonti non coordinate del diritto ecclesiastico, il senso oggi perduto "domani arriverà".

---

In una prospettiva di carattere generale, **G. SILVESTRI**, *La ridefinizione*, cit., p 154, aveva affermato la necessità di "una risistemazione, in sede costituzionale, delle fonti, con una previsione più dettagliata e organica delle norme sulla produzione ...".